INTRODUCTION GÉNÉRALE

A

L'HISTOIRE DU DROIT.

OUVRAGES DU MÊME AUTEUR:

De Possessione analytica Savignianeæ doctrinæ Expositio. 1 vol. in-8°.

Philosophie du Droit. 2 vol. in-8°.

Lettres philosophiques adressées à un Berlinois. 1 vol. in-8°.

De l'Influence de la Philosophie du dix-huitième siècle sur la législation et la sociabilité du dix-neuvième. 1 vol. in-8°.

Sous presse.

Au-delà du Rhin. 2 vol. in-8°.

Paris. — Imprimerie de Rignoux et Ce, rue des Francs-Bourgeois-S.-Michel, 8.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

A

L'HISTOIRE DU DROIT.

PAR E. LERMINIER,

PROFESSEUR DE L'HISTOIRE DES LÉGISLATIONS COMPARÉES
AU COLLÉGE DE FRANCE.

Seconde Edition.

PARIS.

CHAMEROT, LIBRAIRE,
QUAI DES AUGUSTINS, 13.

1835

PRÉFACE

DE LA PREMIÈRE ÉDITION.

Si l'on a un goût sincère et vif pour la culture d'une science, on la personnifie dans sa pensée, on s'intéresse à ses destinées et à son histoire comme on ferait à celle d'un ami; on veut embrasser la carrière qu'elle a fournie, l'interroger dans le passé, la pressentir dans l'avenir. Et ce spectacle n'est pas seulement pour l'esprit un plaisir de curiosité, mais un enseignement nécessaire, et comme la seule initiation vraiment légitime. L'homme instruit de tout ce qui a précédé le moment même où il étudie, mesure d'un œil sûr l'espace déjà parcouru, et comprend que l'office et la méthode d'une science changent et se perfectionnent avec le temps. Alors, sans se fatiguer à revenir sur des traces anciennes, mais

enchaînant ses efforts et ses travaux à ceux de ses devanciers, il continue leur ouvrage en faisant autre chose que ce qu'ils ont fait, et travaille avec la conscience de la suite des temps, de l'ordre des idées, des révolutions de la science, et de ses devoirs nouveaux.

Le lecteur me permettra-t-il de lui conter brièvement comment je suis arrivé à penser que la science du droit, telle qu'aujourd'hui elle se comporte en France, appelle plus que jamais cet esprit d'examen sur sa propre histoire, et que là surtout on ne pourrait, ainsi que nous l'ont appris Bacon et Leibnïtz, rien établir dans le présent sans la connaissance profonde du passé.

Quand, après avoir achevé mes cours de rhétorique et de philosophie, et dans l'exaltation par laquelle passent, à dix-neuf ans, les jeunes gens dont l'imagination s'éveille, il me fallut, comme on dit, *faire mon droit*, avec quel ennui mêlé de dédain j'ouvris les cinq codes! Retomber de mes poétiques rêveries touchant la science et la littérature, sur les articles numérotés du code civil et du code de procédure, et n'avoir pour

toute nourriture que l'étude de maigres et sèches formules sans animation et sans vie! C'était donc là le droit! Sur ces entrefaites, le hasard fit tomber entre mes mains un petit écrit de M. de Savigny, *de la Vocation de notre siècle en législation et en jurisprudence*. Je savais un peu d'allemand, et me mis à le parcourir. Je ne revins pas de ma surprise : l'auteur distinguait le droit de la loi, parlait du droit d'une manière passionnée; en faisait quelque chose de réel, de vivant et de dramatique; puis dirigeait contre les législations et les codes proprement dits de véhémentes critiques. Quoi donc! la législation et le droit n'étaient donc pas même chose! les cinq codes ne constituaient donc pas la jurisprudence! Pour confirmer ou dissiper ce soupçon, je relus l'écrit de M. de Savigny; je lus ses autres ouvrages; enfin, presque persuadé par ses théories, auxquelles cependant je trouvais confusément quelque chose d'incomplet, je résolus de pousser plus loin mes lectures, et, avec le secours de Hugo et de Haulbold, je parvins peu à peu à m'orienter dans la littérature juridique de l'Allemagne.

Plus j'avançais, plus je sentais que cette époque contemporaine de la jurisprudence en Allemagne, si brillante et si féconde, ne s'expliquait pas suffisamment par elle-même; que pour la comprendre il fallait en sortir, en remontant à ce qui la précédait. Je parvins alors à la révolution opérée par Kant. Là, même pensée et même procédé. De Kant je remontai à Leibnitz; de Leibnitz au seizième siècle, si glorieux pour la France. Alors je n'étais plus séparé que par quatre siècles de la rénovation scientifique de la jurisprudence européenne, dont l'Italie fut le théâtre, et dont M. de Savigny s'est fait l'historien.

Ce me fut, au milieu de mes études, un soulagement et un progrès, d'embrasser à peu près l'histoire entière de la science dans ses époques essentielles. Alors je pus me servir avec plus d'intelligence et d'efficacité des richesses et des productions contemporaines. Aussi, après m'être efforcé d'embrasser le système entier de la science, en m'attachant toutefois plus particulièrement à la philosophie du droit, au droit romain et à l'histoire du droit, je me résolus de porter de-

vant le public, avec ingénuité et franchise, mes efforts et mes études.

Mais par où commencer? Jeune, sans caractère officiel, avec une mission que je me donnais moi-même, au milieu d'une préoccupation presque exclusive pour la jurisprudence pratique, comment, dès les premiers pas, réveiller pour la science théorique l'attention, et lui concilier l'intérêt dont elle est digne? Entrer brusquement dans une des parties de la science, soit dans l'histoire, soit dans la philosophie du droit, dans l'exégèse, ou la dogmatique, n'était pas sans inconvénient et sans danger. Après y avoir bien songé, je m'arrêtai au parti de recommencer, sous les yeux mêmes du public, la route que j'avais suivie moi-même, d'exposer devant lui un tableau critique de la science, de sa marche, de ses phases et de ses progrès; espérant que cette revue rapide du passé serait à elle seule le meilleur des enseignements, qu'elle éveillerait, comme elle avait fait chez moi, une curiosité studieuse, *que les choses parleraient assez d'elles-mêmes*, et que les noms et les doctrines évoqués par ma jeunesse la protégeraient,

et lui donneraient créance et autorité. Je ne me trompai point : les jeunes gens, qui avaient répondu avec une cordialité toute fraternelle à l'appel d'un de leurs condisciples, écoutèrent avec un bienveillant intérêt le simple récit des travaux des temps passés, soutinrent, par leur inépuisable et affectueuse attention, l'inexpérience d'un camarade qui n'avait pas craint de se faire leur professeur, et semblèrent plus disposés à accueillir des assertions et des conclusions dogmatiques qui paraissaient sortir à leurs yeux du récit des faits. C'est ce cours préliminaire, cette Introduction générale, que je présente aujourd'hui au public.

Cette Introduction n'est point une histoire littéraire proprement dite : on y trouvera trop d'opinions dogmatiques, trop peu de détails biographiques et bibliographiques, pour lui donner ce nom.

Ce n'est pas non plus une *encyclopédie du droit :* car j'ai suivi non pas l'ordre des matières, mais la suite chronologique des hommes et des époques. D'ailleurs, bien que je présente une théorie

du droit positif, et que presque toutes les parties de la jurisprudence se trouvent mentionnées, cependant j'ai dû omettre beaucoup de classifications et de matières, voulant surtout être fidèle à la suite des temps et des grandes écoles. Si le public accueille avec indulgence ce premier essai, je publierai plus tard une véritable *encyclopédie de la jurisprudence*, à la fois historique et dogmatique. Alors je réimprimerai le texte entier de la *Nova Methodus* de Leibnitz [1], qui est le point de départ de cette partie de la science.

Qu'est-ce donc que cette introduction, et quel dessein m'y suis-je proposé? Réveiller le sentiment du droit, le distinguer nettement de la législation, présenter une théorie du droit positif, qui concilie dans le sein de la jurisprudence la philosophie et l'histoire, et montre que le droit subsiste à la fois par l'élément philosophique et l'élément historique; de ce point de vue, tracer une histoire rapide de la science en Europe depuis le douzième siècle; avec le secours des tra-

---

[1] Voyez chapitre X, Leibnitz considéré comme jurisconsulte.

vaux littéraires et bibliographiques de Pancirole, de M. de Savigny, de Hugo, de Haubold, de quelques Italiens du dernier siècle, de Bayle, de Taisand, de Terrasson et de Fournel, suivre la chronologie et les destinées de la jurisprudence; ne m'arrêter qu'aux grandes écoles, ne signaler que les hommes puissants, raconter et critiquer tout ensemble les travaux qui furent féconds; de ce tableau, tirer des enseignements et des conséquences, faire sortir des opinions dogmatiques du récit des faits, montrer par l'inspection des temps et des monuments antérieurs quelle est aujourd'hui notre tâche : voilà pour le fond. Quant à la forme et au style, cette introduction n'est point un livre : c'est le reflet et le débris d'une improvisation inexpérimentée; sur les feuilles où le secours de la sténographie en avait conservé l'expression, mon travail n'a consisté qu'à effacer les répétitions et les redites, qu'à renouer quelques transitions, qu'à rétablir quelquefois dans la déduction de la pensée un peu plus d'orde et de méthode. Mais, malgré ces légers changements, on reconnaîtra facilement le o n et la marche de la parole parlée, et non de la

parole écrite. Il est vrai qu'au mot de *leçon* j'ai substitué celui de *chapitre*, pour éviter certaines formes d'une véritable allocution. Dans une publication partielle et périodique, ces formes soutiennent et ravivent l'attention, tandis qu'elles l'auraient inutilement fatiguée dans le recueil et le résumé de leçons que j'offre aujourd'hui au public. Mais toujours veuille le lecteur ne pas oublier qu'il a sous les yeux l'expression d'un cours, et non pas un livre, dont au début de la carrière je décline la responsabilité.

Que si, sur-le-champ, sans différer, je livre à la publicité ces premiers essais, je suis soutenu par la conviction d'accomplir un devoir. J'ai pensé, qu'au milieu du triste abandon où est tombée dans ces derniers temps la haute jurisprudence, il était urgent de commencer publiquement des études théoriques, et de montrer de la bonne volonté pour la science.

Pourquoi le dissimuler? la théorie du droit est loin d'être en France à la hauteur de notre civilisation et de notre intelligence. Cette infériorité

passagère peut être avouée sans rougir, au milieu de tant de dédommagements éclatants; elle doit l'être avec franchise, pour nous inciter à y remédier, d'autant plus qu'elle n'aurait plus aujourd'hui l'excuse du temps et des circonstances.

Nos codes sont enfants de la révolution, et leur empire a commencé avec le siècle. Alors, dans le juste enthousiasme qu'inspira ce bienfait politique, on s'imagina que le droit national était arrivé à une perfection définitive; qu'il ne restait plus qu'à appliquer à la lettre, en l'isolant de ses origines et de ses sources, la législation nouvelle. Napoléon, à la vue du premier commentaire sur le code civil, s'écria : « Mon code est perdu! » Aussi, comme pour obéir à ce cri, point de doctrine, soit rationnelle, soit historique; et dans les cours, la jurisprudence fut timide, incertaine et divergente.

Que les choses se soient ainsi passées, rien d'étonnant. Napoléon devait maudire la moindre apparence qui tendait à troubler le silence et l'uniformité qu'il avait si fort à cœur : l'admiration des uns était naturelle, et l'ignorance des autres

inévitable. Mais autant sous l'empire les sciences morales étaient muettes, autant aujourd'hui elles ont de vigueur. La philosophie s'est réveillée, et, par des enseignements nouveaux, a retrempé la pensée. L'histoire, traitée par les talents les plus divers, à la fois critique et pittoresque, s'élève de jour en jour à la hauteur des choses qu'elle raconte. La science du droit peut-elle rester étrangère à tant de progrès? ne doit-elle pas au contraire les prendre pour son point de départ, et ceux qui la cultivent, appliquant les leçons et les exemples qu'ils reçoivent de leurs contemporains et de leurs maîtres, historiens et philosophes, ne doivent-ils pas commencer des études sérieuses et nouvelles?

Cependant, depuis quarante ans, la science du droit a fait en Allemagne de continuels progrès; vers 1790 elle eut sa révolution, dont les résultats se développent encore aujourd'hui. Il est donc naturel de demander à l'Allemagne des enseignements, de s'enquérir et de profiter de ses travaux, dût-on encourir le reproche de *germanisme*.

Germanisme, école allemande, telle est la terrible accusation à laquelle il faut répondre. Ceux qui nous l'ont adressée, n'ont peut-être pas songé que les différents peuples, sans dépouiller leur propre caractère et leur originalité, s'instruisent successivement les uns les autres; ils sont fils de la même mère, de l'humanité; et ces frères, s'ils ont leurs jours de haine et de guerre, ont aussi un lien d'affection et de sympathie, qu'il n'est pas plus possible de méconnaître que de briser. L'intelligence de la France ne s'est pas altérée, pour avoir senti tour à tour les diverses influences de la littérature italienne, de la littérature espagnole et de la littérature anglaise. Sans doute ces importations nécessaires, qui lient les peuples, rencontrent toujours au commencement une opposition qui gronde, et qui affecte de prendre fait et cause pour l'honneur national. Ainsi, dans le siècle dernier, on ne fut pas avare du reproche d'*anglomanie* envers Voltaire et Montesquieu, qui avaient été chez nos voisins s'enquérir de Locke, de Newton et de la constitution anglaise.

L'Allemagne n'a véritablement commencé que

par Luther à retentir en Europe; elle eut ensuite sa guerre de trente ans, délivrance sanglante des liens du moyen âge. Leibnitz vint peu après. Enfin Klopstok et Kant ouvrirent une littérature et une philosophie originales. Certes, la patrie de Kant, qui produisit plus tard Schiller et Goëthe, méritait d'être connue, et d'être estimée à son prix par le pays de Descartes, de Corneille et de Racine. Mais, il faut l'avouer, les différences profondes qui caractérisent les deux nations mirent quelque temps obstacle à leur rapprochement; puis en France nous étions tellement accoutumés depuis le siècle de Louis XIV à la suprématie de la pensée, que nous avions peu d'empressement et de curiosité à promener nos regards hors du cercle de notre gloire. De son côté, l'Allemagne avait été vivement indisposée contre nous par deux hommes qui avaient abusé envers elle de la victoire, par Voltaire et Napoléon. La supériorité moqueuse du philosophe, le génie militaire et administratif du conquérant, avaient insolemment pesé sur cette terre de religion rêveuse, de métaphysique profonde et de patriotisme historique. Au milieu de cette antipathie, une femme

de génie vint s'entremettre : unissant le tact, la finesse, la tendresse de cœur de son sexe, à la pensée virile et au talent pittoresque d'un grand écrivain, madame de Staël fit connaître l'Allemagne à la France. Dans son livre, qui offre à la fois l'abandon d'une causerie et l'éclat d'un poème, on la voit, entre le peuple allemand et le peuple français, comme une femme d'esprit entre deux hommes supérieurs, les rapprocher, les faire valoir tour à tour, les mettre en saillie par les côtés où ils se peuvent prendre. Citations heureuses, analyses artistement combinées, points de vue inattendus et riants, pensées profondes, élans de poète, tout, dans le livre de madame de Staël, concourt au même but; et je me persuade qu'après l'avoir lu, il n'est pas, chez les deux nations, un homme de bonne foi qui n'ait senti s'évanouir ses préjugés et sa froideur.

Depuis madame de Staël, nous nous sommes familiarisés avec la littérature allemande; la philosophie s'est aussi appuyée des travaux de nos voisins : ce doit être aujourd'hui le tour de la haute jurisprudence, et nous pouvons nous aban-

donner avec d'autant plus de confiance à ce mouvement, que, pour ce qui est du droit, soit théorie, soit pratique, nous sommes riches de notre fonds. Le pays qui peut s'enorgueillir des écoles du seizième siècle, de Montesquieu, et d'une légalité aussi vivace que celle dont nous jouissons aujourd'hui, peut sans honte et sans crainte recevoir le branle d'un peuple voisin pour rentrer dans des voies où il a laissé des traces si profondes, et où, sans présomption folle, il peut espérer de ne rester inférieur à aucun. Telle est, du moins, la pensée qui m'a soutenu dans ces premiers travaux. J'ose croire que ceux qui liront jusqu'au bout cet essai, reconnaîtront que je ne suis pas sous le joug de l'Allemagne, que j'étudie, et qu'au milieu de l'apprentissage que je fais à son école, je me suis conservé l'esprit libre et national.

Que les jeunes gens qui m'ont suivi avec une bienveillance si délicate et si fraternelle reçoivent ici l'expression de ma vive reconnaissance et de ma sensibilité profonde. Pour moi, j'ai emporté d'au milieu d'eux des souvenirs précieux qui me

soutiendront dans mes veilles et dans mes travaux : car je n'oublie pas que la science ne se paie pas des efforts d'un jour et des ardeurs d'un moment ; il lui faut des années, une longue suite d'années. Cet hiver, j'aborderai l'histoire du droit romain.

E. LERMINIER.

Paris, 25 septembre 1829.

PRÉFACE

DE LA SECONDE ÉDITION.

En publiant aujourd'hui la seconde édition de l'*Introduction générale à l'histoire du Droit*, je ne puis me défendre de dire ce qui m'est venu à la pensée pendant que je revoyais ce premier essai.

Le temps nous emporte avec une vélocité si vive, qu'il dote d'une espèce d'antiquité ce que l'homme a fait et écrit il y a quelques années à peine, ce qui, dans un autre siècle, aurait semblé né d'hier. Nous passons et nous nous oublions nous-mêmes ; nous oublions les détails de la route parcourue, tant elle est infinie, tant l'espace que nous laissons

derrière nous, et celui qui se projette à nos yeux, est immense et indéfinissable!

Qu'est-ce donc qu'un livre au dix-neuvième siècle? C'est un point de la vie, c'est un moment énergique et réfléchi de l'existence et de la pensée, un recueillement, une halte avant de passer outre. Il appartenait aux heureux habitants des âges paisibles et des siècles qui coulaient moins vite que le nôtre, de régler tranquillement les développements de leur activité, de choisir à loisir la forme harmonieuse et souvent unique qui devait enfermer leur génie. Mais nous, il faut marcher, pas de repos. Celui qui voudrait arrêter sa vie dans les préoccupations d'un seul monument, risquerait de découvrir son œuvre au milieu d'une société nouvelle, comme si un artiste du siècle des Antonins eût attendu longues années pour montrer une statue de Minerve à des générations prêtes à tomber aux genoux de Jésus-Christ.

Si donc un seul livre ne suffit plus à l'expression d'un homme ni à la satisfaction du siècle, si la pensée, tant individuelle que générale, veut éclater périodiquement, il importe que l'unité se retrouve toujours dans le siècle et dans l'homme.

Le siècle ne désobéit pas à l'attraction vers l'unité. Dans son sein, pas un esprit ne conçoit, pas un bras ne se meut sans travailler à l'unité. L'anarchie est à la superficie; le dessein de Dieu est au fond. Insensés qui dénoncent au monde sa ruine imminente et qui sonnent les cloches funéraires au lieu de celles du baptême !

L'homme doit se mettre en rapport avec l'esprit de son siècle, et dans la conscience du genre humain, il trouvera sa propre unité. Alors il peut être tranquille sur la grande direction de sa carrière; il ne s'égarera pas. Des déviations légères, des méprises inévitables, réparées aussitôt que reconnues, ne

sauraient le jeter hors des grandes voies de l'humanité : il marche sûrement et avec courage jusqu'aux dernières limites de sa force et de sa vie. Il sera recompensé si, avant de disparaître, il peut en se retournant reconnaître la série des témoignages de lui-même semés par ses labeurs à travers la route, s'il peut assigner à chacun d'eux un sens dans sa vie, un mérite dans la communauté humaine. L'unité est là aujourd'hui; elle ne réside plus tant dans la forme que dans l'esprit.

Voilà pourquoi il nous semble peu utile d'altérer par de nombreux changements le caractère d'un livre. Il vaut mieux construire à côté que de s'épuiser en réparations. Même les imperfections saillantes d'une œuvre peuvent en constituer l'originalité dans la série générale. D'ailleurs, s'attacher à se changer dans le passé au lieu de se développer dans l'avenir serait d'une vanité impuissante.

Nous n'avons donc fait à ce premier essai que les corrections de détail dont une revue sérieuse montre toujours la nécessité. Nous avons conservé les divisions, les pensées, l'esprit du livre, et nous devons déclarer franchement au lecteur que nous avons été souvent consolé des défauts sans nombre qui le déparent, par la pureté sincère des dispositions générales qui nous animaient alors en l'écrivant.

Dans l'*Introduction générale à l'histoire du Droit* se trouve, dès l'origine, le culte de la pensée. Il est évident que celui qui en a tracé les pages n'a jamais reconnu d'autre autorité que la souveraineté de l'intelligence. Seulement nous avons débuté par une préoccupation naturelle mais excessive des abstractions de l'idéalisme germanique. Aujourd'hui la pensée n'est plus seulement pour nous l'abstraction, mais elle est la vie même dans toutes ses ramifications et ses richesses; elle est pour nous l'homme tout entier dans

sa constitution morale et physique ; elle est le monde et la nature.

La tradition nous parut aussi, dès le début, la chaîne de diamant qui rattache le genre humain au trône de Dieu, et nous en avons adoré les vestiges à l'École de Vico. Mais, en marchant, nous avons appris que la connaissance et l'imitation du passé ne suffisent pas à l'homme, et que le pain dont on veut le nourrir ne doit pas être pétri avec la cendre des morts. Respect ! ah ! respect à la tradition, à cette vie du passé, à ce testament de l'humanité ! Mais sachons y ajouter nous-mêmes nos propres efforts et notre propre caractère ; travaillons à laisser à nos enfants un héritage que nous ayons conquis, un acquêt de notre propre génie, et devenons à notre tour une tradition dont nos descendants puissent relever non sans gloire.

La science, cette forme réfléchie de la pensée, nous parut toujours devoir occuper dans

les choses humaines le premier rang. Mais nous étions dans l'origine plus enclins à la chercher dans ses richesses du passé que de la solliciter dans ses devoirs et son énergie du présent. Ainsi nous fûmes épris des travaux du moyen âge et de ceux du seizième siècle. Nous nous souvenons avec quel enthousiasme nous avons secoué la poussière de ces vieux monuments; mais nous avons cessé de leur apporter en holocauste les droits et la puissance de notre temps.

C'est ainsi que la jurisprudence, après avoir été pour nous tantôt romaine, tantôt féodale, tantôt coutumière, nous a paru enfin devoir être humaine. Le droit n'a plus été pour nous le simple résultat du passé, et nous avons pu dire : *Le droit, c'est la vie.*

La vie sociale dépend du développement et de l'harmonie des éléments dont nous avons parlé. Si la pensée exerce et garde sa suprématie, si la tradition des âges passés

se continue et se transforme par des actes et des idées qui sortent de l'esprit du temps, si la science est originale et énergique, si la loi traduit dans ses prescriptions les théories et les sentiments qui nous sont chers, la santé du corps social n'est pas en danger de défaillir. Nous ne voulons point examiner ici jusqu'à quel degré notre société remplit ces conditions nécessaires ; nous dirons seulement qu'il y a devoir pour tous de travailler à l'amélioration progressive de ces conditions.

Paris, 15 octobre 1834.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

A

L'HISTOIRE DU DROIT.

CHAPITRE PREMIER.

DU DROIT, ET DE SA NATURE PHILOSOPHIQUE.

L'antiquité faisait de la justice l'idée même de l'État, de la société. A ses yeux, la justice comprenait tous les rapports humains, politiques et civils, constituait l'harmonie universelle du monde moral, de l'humanité; et la science de la justice était la connaissance de toutes choses, en tant qu'elles étaient justes, et se ramenaient au droit. Ulpien a dit profondément : « Jurisprudentia est « divinarum atque humanarum rerum notitia, « justi atque injusti scientia [1]. »

Mais quel est l'artisan et la mesure du juste et de l'injuste? C'est l'homme; c'est dans la nature humaine que le droit prend racine et qu'il a pied;

[1] Ulpien, fr. X, ff. 2, De justitia et jure.

il serait donc irrationnel d'ignorer l'homme et la nature humaine.

Quand l'homme se regarde lui-même, il se trouve un être sensible, capable d'intelligence et de liberté.

L'homme est capable d'intelligence par la raison, lumière intérieure et divine; il pense; la pensée est sa gloire, et il doit *travailler à bien penser, car voilà le principe de la morale*[1]. Mais cette raison qui le conduit et l'illumine se distingue de lui-même et de sa nature individuelle: rayon d'en haut, lampe éternelle suspendue par la main de Dieu, elle éclaire l'homme comme un temple; divine, elle est l'étoile de l'humanité; impersonnelle, elle mène l'individu.

L'homme est capable de liberté par la volonté, centre profond de son être individuel; différente de la raison, qui n'est humaine que par accident, la volonté est l'homme même, c'est *lui*, c'est *moi*. Racine, principe actif de l'homme, elle est humaine et personnelle par excellence; elle agit; sous le flambeau de la raison et le charme des passions, elle est tenue de faire sa route et sa destinée, et de porter le poids de la vie.

La raison, c'est Dieu, c'est l'universel; la volonté, c'est l'homme, c'est l'individu.

---

[1] Pascal. Pensées, Connaissance générale de l'homme, § VI.

La raison est à la fois hors de nous et dans nous; elle nous apparaît hors de nous, *objective*, par une intuition vive et pure; et ce rapport de l'homme individuel avec la raison *objective*, universelle, absolue, constitue la religion.

Nous sentons la raison dans nous, *subjective*, par la conscience, qui présente à la volonté les lois de la raison; et ce rapport de la volonté avec la raison *subjective* constitue la morale.

Mais ici-bas l'homme n'est pas solitaire; il a des semblables. Intelligent, il rencontre sur son passage des êtres intelligents; libre, des hommes libres. Or, il conçoit qu'il a le devoir de les respecter et le droit d'en être respecté lui-même; et ce rapport de l'homme avec l'homme constitue le droit.

Ce dernier rapport puise sa raison comme les deux autres dans la nature de l'homme : il se conçoit par l'intelligence, il se réalise par la liberté. L'homme est et se sait libre; et ce fait fondamental est la source de conséquences fécondes : car, si l'homme est libre, il doit rester et se maintenir libre; donc il est sacré, et le droit se traduit en obligation. Mais si l'homme est obligé, il est responsable; ses actions se peuvent qualifier bonnes ou mauvaises, et on lui imputera le crime ou l'innocence. Voilà donc comme résultats de la liberté qui se connaît, le droit,

l'obligation, l'imputabilité : voilà la condition de l'homme envers ses semblables, ses égaux, ses frères.

Mais, en face de la nature, que fera l'homme? Il s'érigera en maître et en propriétaire. Ne reconnaissant pas à ce qui l'environne et à ce qui l'enserre les caractères qu'il porte lui-même, ne voyant les objets semés autour de lui ni intelligents ni libres, il les appellera *choses*, y mettra la main, et cela d'une âme paisible, avec fermeté, sans remords. Pourquoi? c'est qu'il n'a rien trouvé qu'il dût respecter, rien de semblable à lui, rien d'égal à sa personnalité. Alors, loin de laisser les choses intactes, il les prend et se les approprie. Une fois touchées par l'homme, les choses reçoivent de lui un caractère qui les transforme et les humanise; en les attirant à lui, il se les est assimilées autant qu'il pouvait, il leur a communiqué sa nature et sa valeur, et, comme lui, il les a faites à l'égard des autres inviolables et sacrées. Voilà donc, comme résultats de la liberté qui se connaît, le droit sur les choses et la propriété; voilà la condition de l'homme envers la nature : il en est le dictateur, le maître et le propriétaire.

En résumé, l'homme est libre et sociable. Or, sa liberté est la racine du droit, et sa sociabilité en est la forme.

Le droit est donc l'harmonie et la science des rapports obligatoires des hommes entre eux. Il est né du commerce de l'homme avec l'homme, du contact de l'homme avec les choses; il est l'enfant de la vie humaine, de la société, ou plutôt il est la société même : rien de plus réel et de plus vivant. L'homme ne peut toucher l'homme, l'influencer, modifier, maîtriser, posséder les choses, sans voir intervenir le droit qui règle ses actes envers ses semblables et sa dictature sur l'univers. C'est le droit qui réunit les hommes, qui fait le lien social, en faisant à chacun sa part, en gardant comme un trésor la propriété de tous et de chacun, en réglant les sacrifices nécessaires; en protégeant les opinions, les doctrines, les sectes, les religions, tant qu'elles ne sortent pas du cercle qu'il leur a tracé; en planant au-dessus d'elles, prêt à punir les écarts téméraires, les violations de la liberté, dont il est, pour ainsi dire, la religion. Pour nous, dans l'essence et dans la nature du droit, nous ne saurions trouver ni abstraction ni fiction : c'est à nos yeux la raison humaine revêtant sur le théâtre du monde les formes les plus sensibles.

Aussi n'est-il pas facile au scepticisme d'ébranler le droit sur son fondement et dans sa pratique. Il s'attaque avec plus d'avantage aux symboles divins de la religion, aux sublimes hypothèses

de l'ontologie; car la religion avec ses mystères, l'ontologie avec ses idées, veulent expliquer les choses; et c'est surtout l'explication des choses, qui est l'objet des agressions les plus vives et des doutes les plus amers de l'incrédulité et du scepticisme. Mais qu'objecter aux choses elles-mêmes, de quoi douter devant le spectacle et le drame du monde, à la vue des actes quotidiens de l'homme, de sa liberté de tous les jours, de ses droits de tous les instants? Je le sais, il est pour l'esprit de l'homme des crises inévitables d'un scepticisme douloureux et passager; à force de rouler dans sa sphère, c'est-à-dire de tourner sur elle-même, parfois la pensée fléchit et se trouble, la raison s'obscurcit et arrive à douter d'elle-même. Eh! qui, au milieu du torrent des opinions et des sciences humaines, ne s'est pas quelquefois écrié avec Faust:

« Philosophie, jurisprudence, médecine, et toi « aussi, pauvre théologie, vous ai-je assez étu« diées, à la sueur de mon front? Et maintenant « me voilà, pauvre fou, aussi savant qu'aupara« vant. Oui, on m'appelle maître et docteur, et « voilà bien dix ans environ que je mène mes « écoliers par le nez, et je vois que nous ne pou« vons rien savoir! Ah! cela me ronge le cœur[1]! »

[1] Habe nun, ach! Philosophie,
Juristerei und Medicin,

Mais quand notre esprit se calme peu à peu, quand le sang ne brûle plus la tête et le cœur, et que la pensée redevient sereine et pure, alors nous retrouvons la foi qui fait la force, et si nous considérons soit la nature et son tabernacle, soit l'histoire et son théâtre, nous nous appliquons avec fermeté à les connaître et à les comprendre sans désespoir et sans injure. Certes, si parmi les idées que porte l'esprit de l'homme, il en est une certaine, c'est l'idée du droit qui à chaque instant tombe en acte, rend d'elle-même, à toute heure, d'irrécusables témoignages, et constitue partout et sous tous les climats l'état et la société. Il y a dans cette sphère quelque chose de plus ferme et de plus stable qu'ailleurs : tout y est plus réel, plus solide et plus positif.

Gardons-nous, toutefois, d'isoler le droit et sa science du reste des choses et de la réalité. Sans doute, pour l'étudier, il faut l'abstraire et le distinguer ; mais pour le comprendre il faut le rat-

---

Und leider auch Theologie!
Durchaus studiert, mit heissem Bemühn.
Da stech' ich nun, ich armer Thor!
Und bin so klug alswie zuvor;
Heisse Magister, heisse Doktor gar,
Und ziehe schon an die zehen Jahr,
Herauf, herab, und quer, und krumm,
Meine Schuler an der Nase herum.
Und sehe dass wir nichts wissen konnen!
Das will mir schier das Herz verbrennen.

tacher à tout ce qui est. Le droit est une partie de la morale ; il en est la partie extérieure, pour ainsi dire, la partie obligatoire envers les autres. La morale elle-même est une partie de la psychologie, et la psychologie, centre de toute connaissance philosophique, se rattache, par ses inductions laborieuses, à l'ontologie, science des êtres, science parallèle à la religion, expliquant par les idées ce que la religion traduit par les symboles. Ainsi ontologie et religion, psychologie, morale, jurisprudence, telle est la génération des idées et la hiérarchie du monde moral. Qu'on décide maintenant si le jurisconsulte doit rester étranger à la philosophie et à la théologie historique.

CHAPITRE II.

DU DROIT, ET DE SA RÉALITÉ HISTORIQUE.

La nature et la conscience de l'homme contenant l'idée du droit, inévitablement elle doit se manifester dans l'histoire, et s'y développer avec une éclatante énergie. Constatons cette existence éternelle du droit dans la vie de l'homme et des peuples.

Dès qu'un peuple est constitué, qu'il a conscience de lui-même par ses croyances et ses mœurs, et qu'il s'est élevé d'une simple agrégation d'hommes à la société civile, à l'état, à la cité, on peut tenir pour certain que là le droit existe, car il est le fondement de cette société qui prélude par une enfance vigoureuse à une grande destinée. Il est sorti du foyer de la famille, de la tente des patriarches, pour fonder l'état; il a dépouillé l'expression incertaine et confuse d'une pratique timide et domestique pour entrer dans l'arène de la vie sociale et politique. Mais, à son début, il ne se développe pas d'une manière indépendante : il s'élève et il croît sous les ailes de la religion, qui est toujours la première pensée d'un peuple. Si la morale n'enseigne et n'éclaire

les jeunes sociétés que sous l'empire et les formes des dogmes religieux, le droit, qui est une partie de la morale, n'émet ses prescriptions et ses règles que sous l'empreinte et l'autorité de la religion. Alors le droit est divin, le prêtre est législateur, les nations surtout préoccupées de Dieu le mettent partout, jusqu'à ce que, par un changement qui est un progrès, l'homme commence à distinguer et à séparer de la religion la philosophie et la politique, l'état et la science.

Comment dans le premier âge d'un peuple le droit se manifeste-t-il? Par des actes extérieurs et frappants, par des symboles, par le drame. L'imagination appartient aussi bien à la jeunesse des peuples qu'à la jeunesse des individus. Tout s'exprime et s'écrit par des images, des représentations et des simulacres; ces actes extérieurs ont un sens profond par les idées qu'y attache le peuple qui les pratique; et les mœurs, cette vie instinctive des nations, expriment seules le droit. Temps presque toujours heureux! époque naïve, où toutes les pensées de l'homme se manifestent et se produisent avec une gracieuse et poétique énergie. La religion et le droit, avec leurs symboles et leurs images, se nourrissent alors de poésie; et, par leurs mystères et leurs allégories, enchantent la foi pieuse des nations.

Mais aussi il est curieux d'observer comment

alors les idées pures et absolues de la conscience se teignent de passions et de préjugés : elles tombent dans la pratique, dans l'histoire; elles dépouillent la pureté philosophique pour revêtir un caractère individuel et un costume national.

Voilà donc les mœurs exprimant seules le droit d'un peuple. Si ce peuple reste long-temps jeune, si des événements imprévus et de violentes catastrophes ne précipitent pas ses destinées et sa maturité, il pourra rester longues années enveloppé dans les voiles et les images de cette civilisation primitive. Mais enfin il arrive un moment où la jeunesse disparaît, et l'imagination avec elle : les idées se réfléchissent et veulent être précisées; les images ne suffisent plus, et le droit passe du symbole à la législation. On écrit le droit, on rédige les coutumes; ce qui n'était que dans la conscience du peuple passe dans les formules du style législatif.

Il ne faut donc pas confondre le droit lui-même avec la législation. La législation est l'expression, le style du droit, mais elle ne le constitue pas : cette distinction est fondamentale, et les ingénieuses études de l'école historique allemande ont fait ressortir cette différence si grave, qui se reproduit chez toutes les nations, tantôt à leur insu, tantôt à leur escient.

Une famille de pasteurs, qui devint bientôt un

peuple, originaire de l'Arabie ou de la Chaldée, émigra vingt siècles avant notre ère en Égypte [1]. Elle comptait parmi ses ancêtres Héber, d'où lui vint le nom d'Hébreux. Long-temps elle vécut en Égypte et s'y constitua nation; elle y eut son culte, ses mœurs et ses coutumes. Opprimée, elle trouva dans son sein un homme supérieur, qui se fit son chef et son législateur : Moïse tira les Hébreux d'Égypte, et leur écrivit des lois. Sa législation s'appuie sur les mœurs et les coutumes des Hébreux; tantôt elle les confirme, tantôt elle les épure, tantôt elle les abroge. Sans doute Moïse innova beaucoup; mais, bien qu'au-dessus de son peuple, il avait affaire à lui, et dut respecter beaucoup d'institutions. Aussi dans ses prescriptions se réfère-t-il souvent aux anciennes mœurs, aux coutumes des pères et des ancêtres. Il fit donc deux choses à la fois : il écrivit les mœurs et les changea, rédigea les coutumes et les abolit, et se montra tour à tour adorateur zélé de l'antiquité et révolutionnaire implacable [2].

Rome avait vécu trois cents ans avec ses croyances, ses coutumes, son droit divin et symbolique;

---

[1] Voyez M. Salvador, Histoire des Institutions de Moïse et du peuple hébreu, p. 19, t. I.

[2] C'est pourquoi dans l'étude des Institutions de Moïse il faut se garder de négliger les origines et les antécédents. Voyez Michaëlis, Mosaïsches Recht.

mais, parvenue au quatrième siècle de son ère, elle sentit le besoin de faire transiger entre eux les patriciens et les plébéiens, d'effacer les différences de chaque population qui s'agitait dans son sein, de poser au milieu de tant d'origines diverses un fondement national, romain. Alors la loi des XII tables fut établie sur tous : loi politique, elle sut façonner et plier les intérêts et les droits civils; elle reconnut un roi dans la famille, un propriétaire absolu qui vendait ses enfants comme ses esclaves, et qui, devant le peuple romain, pouvait tester d'une manière souveraine et illimitée. A côté de la puissance testamentaire, elle éleva un système de succession *ab intestat*, en harmonie avec le partage des terres. Elle statuait aussi qu'un an suffisait pour attribuer au possesseur acquérant de bonne foi la propriété d'un meuble, deux ans la propriété d'un fonds. Partout enfin la loi politique maîtrisait la loi civile : aussi, bien que les XII tables ne nous paraissent pas, comme à Cicéron, supérieures à tout ce qu'ont écrit les philosophes, il faut reconnaître dans sa rédaction concise une unité de principes, une rigueur de conséquences, qui font un honneur infini à la plume patricienne : c'est un morceau d'artiste en législation logique.

Mais les nations où le droit a vécu le plus long-

temps sous la forme et la physionomie des mœurs sont les nations germaniques. Rien ne ressemble à la civilisation et à la liberté des Germains : chez eux la liberté consistait à ce que tout homme libre pût et osât faire tout ce qu'il avait la volonté et la force d'accomplir, tant par lui-même que par ses proches et amis [1]. Il pouvait être vaincu par un plus fort que lui, mais il n'avait pas à craindre la répression immédiate de l'autorité. Cette liberté s'appelait *faida*. Le Germain n'en faisait usage que pour les dommages qu'il recevait dans son corps, dans son honneur et dans son bien, et surtout pour venger la mort d'un parent. A côté du *faida* était la composition, usage et institution parallèle qui tempérait par ses transactions les satisfactions terribles exigées par l'honneur offensé. Mais le même homme, tout à l'heure violent, inexorable, vous le verrez, dans les débats litigieux de la vie commune, pour l'exécution des contrats, le paiement des dettes, la garantie de la propriété, s'en remettre toujours à la justice de ses pairs. Ce mélange de liberté sauvage et d'obéissance pieuse envers le droit du pays donne au caractère germain une harmonieuse beauté : aussi que de grandeur et d'énergie dans les coutumes

[1] Rogge, Ueber das Gerichtswesen der Germanen.

judiciaires de ces races! et puis dans leurs mœurs domestiques que de scènes enchanteresses de grâces et de naïveté!

Tacite nous a laissé d'incontestables preuves de la vigueur du droit non écrit chez les Germains : « Eliguntur in iisdem conciliis et principes « qui jura per pagos reddunt. Centeni singulis ex « plebe comites consilium simul et auctoritas ad- « sunt [1]. » Voilà pour la justice civile. La justice criminelle n'avait pas moins de force. « Licet apud « concilium accusare quoque et discrimen capitis « intendere. Distinctio pœnarum ex delicto. Pro- « ditores et transfugas arboribus suspendunt, « ignavos et imbelles, corpore infames, cœno ac « plaude injecta super crate mergunt [2]. » Les moindres délits avaient de moindres peines. « Sed et « levioribus delictis, pro modo pœna : equorum « pecorumque numero convicti mulctantur; pars « mulctæ regi, vel civitati, pars ipsi qui vendi- « catur, vel propinquis ejus exsolvitur. » Tacite relate le droit de composition : « Luitur enim « etiam homicidium certo armentorum et peco- « rum numero. » Il faut abréger; je ne citerai pas le chapitre sur le droit de succession. Le principe de la succession germanique était la consangui-

[1] De moribus Germanorum, cap. 12.

[2] Ibidem.

nité : les Germains ne connaissaient pas la succession testamentaire; Tacite l'a dit : *Nullum testamentum*[1].

Tant que les Germains n'eurent pas conquis le monde, ils gardèrent leurs mœurs et ne les écrivirent pas; mais, conquérants et vainqueurs, ils ne vécurent plus que sous l'influence des Romains et sous le pontificat du christianisme. S'ils avaient vaincu, c'était pour s'abolir eux-mêmes, pour se perdre dans des nations et une civilisation nouvelle, pour régénérer la vieille Europe de leur sang vigoureux : aussi dans les états qu'ils viennent de fonder, dans leurs nouveaux royaumes, leurs mœurs indigènes se décolorent, leurs coutumes s'altèrent; il faut les écrire, non dans l'idiome national, mais dans la langue des vaincus, souvent avec leurs pensées; et la fière Germanie vient se réduire aux proportions des tristes écritures que nous avons sous les noms de loi salique et ripuaire[2].

L'Allemagne a toujours été préoccupée, dans son poétique patriotisme, des premiers jours de son histoire, de son berceau, de ces temps primitifs antérieurs à la conquête où elle jouissait d'une jeunesse si vive et si féconde en souvenirs,

---

[1] Cap. 20.

[2] Voyez Wiarda.

que ses poëtes et ses historiens ont à l'envie célébrés. Mais ces derniers, avec leurs hypothèses et leur érudition, n'ont encore rien élevé de définitif et de stable : l'Allemagne attend encore un monument, un nouvel et moderne *De moribus Germanorum* qui ressuscite et consacre sa poétique histoire. La tâche est difficile; il y faudrait la plume et le génie d'un Tacite : il s'agit de chanter et de juger à la fois une civilisation lointaine, de critiquer et de peindre une merveilleuse antiquité, et de laisser à une grande nation, en caractères ineffaçables, un testament immortel du berceau, de la religion et du passage de ses pères.

CHAPITRE III.

DU DROIT ARRIVANT A LA FORME SCIENTIFIQUE. — THÉORIE DU DROIT POSITIF.

De la conscience humaine le droit a donc passé dans la réalité et l'application de l'histoire, et il s'y est montré d'abord sous la forme des mœurs, puis sous les formules de la législation. Nécessairement ce qui est l'objet d'une pratique si active doit bientôt se réfléchir profondément dans la pensée de l'homme; aussi la théorie vient après la législation, la science après l'action. L'histoire en rend témoignage. Quand les mœurs cessent d'être simples, quand les rapports des citoyens se compliquent, quand les traditions s'effacent et s'altèrent, quand les croyances religieuses sont inquiétées par quelque opinion nouvelle, la pratique des coutumes et des pensées paternelles ne suffit plus : tout ce qu'elles ont d'incomplet, de rude, de puéril, de gauche, frappe les yeux; on soupçonne, on conçoit d'autres idées, les théories du droit changent, s'agrandissent, ou plutôt elles prennent leur véritable caractère, le signe de la réflexion, de la philosophie. C'est ainsi qu'à Rome une jurisprudence

symbolique qui venait de l'Étrurie[1], qui avait reçu ses maximes et ses inspirations de ce sanctuaire de la vieille Italie, fit place à la philosophie juridique des jurisconsultes stoïciens. Les stoïciens, paraissant au sein de la république au moment où elle allait tomber, enseignèrent les jurisconsultes, et c'est à cette alliance du Forum et du portique qu'il faut attribuer cette jurisprudence philosophique, ce style législatif qui renferme, dans des formes si sévères, les décisions d'une stricte justice et d'une raison impitoyable. Là, les théories s'écrivent d'un style abstrait et précis, et succèdent aux formules nationales et instinctives.

La science vient donc, après la législation, imprimer au droit son empreinte et sa logique; elle pose les principes, formule les axiomes, déduit les conséquences, et tire de l'idée du droit, en la réfléchissant, d'inépuisables développements.

Sous ce rapport le droit romain n'a pas d'égal; on peut contester plusieurs de ses principes, mais sa méthode, sa logique, son système scientifique l'ont fait et le maintiennent supérieur à toutes les autres législations. Ses textes sont le chef-d'œuvre du style juridique, et jamais le droit ne saurait plus s'écrire comme il se rédigeait sous

---

[1] Voyez Niebühr et *die Etrusker*, par Otfried Muller, 1828.

la plume d'Ulpien et de Papinien : on dirait la méthode géométrique appliquée dans toute sa rigueur à la pensée morale. Notre faiblesse moderne a perdu le secret de cette merveilleuse dialectique. Comment s'expliquer cette puissance intellectuelle du droit romain et son éternité politique[1] ? En revenant toujours et sans cesse à la contemplation du génie de Rome, en se plongeant dans l'étude de l'originalité romaine pour lui arracher le secret et la raison de cette législation inimitable. Le Romain, âpre, austère, avare, d'un esprit positif, aimait passionnément ses origines et ses originalités nationales; sectateur zélé des coutumes de ses pères et de leur ancienne constitution, il ne rompait jamais la chaîne des temps, enchaînait toujours aux antiques traditions les idées nouvelles, portait dans ses desseins une continuité indissoluble, et dans leur exécution une constance inébranlable. De là les hommes d'état, les génies politiques, les grands jurisconsultes. Rome a, par excellence, le génie politique, je ne dis pas social, car elle foulait les peuples, et à ses triomphes attelait les rois. Mais le sentiment de l'état du droit, de la loi, de la constitution, de ce qui est national, paternel, la préoccupe et la remplit; pour elle, les arts, la

[1] Voyez, à l'Appendice, sur la durée du droit romain, notre Analyse raisonnée de l'histoire de M. de Savigny.

philosophie, les plaisirs de la pensée, ne sont qu'un amusement et une distraction. Au dehors, elle déploie une persévérance implacable pour mener à bien ses desseins; ni les revers ne l'abattent, ni les artifices ne la trompent; elle dompte tout, elle pénètre tout; ce qu'elle a résolu, toujours elle le fait. C'est en vain que Carthage brille et se fortifie,

. . . . Dives opum, studiisque asperrima belli [1].

Ni son commerce ni son opulence ne la sauveront; même au milieu des victoires de son Annibal on pressent sa ruine, et il semble toujours voir planer au-dessus d'elle l'aigle romaine qui la fascine de ses regards, jusqu'à ce qu'elle la fasse tomber dans ses serres inévitables. Comparez l'esprit grec au génie romain, vous trouverez dans les hommes d'état de la Grèce, si vous exceptez le grand Thémistocle, Périclès l'Olympien et quelques Spartiates, quelque chose de léger, de peu consistant, de futile, des caractères qui ne tiennent pas. Le fier Romain ne s'y trompait pas, et il disait : *Græculus quidam*. En Grèce, à Athènes, on pense plus aux discussions de Protagoras et aux vers d'Aristophane qu'à la guerre du Péloponèse; mais à Rome se promènent au Forum des hommes graves et austères qui ne songent qu'à

---

[1] Æneidos, I.

maintenir leurs droits au dedans et au dehors à conquérir le monde. Aussi Virgile avait bien conscience du génie de son peuple quand il s'écriait :

> Excudent alii spirantia mollius æra;
> Credo equidem, vivos ducent de marmore vultus :
> Orabunt causas melius, cœlique meatus
> Describent radio, et surgentia sidera dicent.
> Tu regere imperio populos, Romane, memento ;
> Hæ tibi erunt artes ; pacisque imponere morem,
> Parcere subjectis, et debellare superbos [1].

Ainsi l'esprit qui vivifiait Rome rend compte de sa législation, de sa puissance et de sa durée.

Revenons au droit même. Nous l'avons vu, il a une triple existence ; il existe dans la conscience humaine, dans l'histoire et dans la science. Dès lors nous pouvons construire le droit positif de chaque peuple.

Dans le droit positif, le premier élément à reconnaître est l'élément philosophique. Les idées absolues du juste et du vrai en constituent l'essence et le fond. Professées partout, elles se retrouvent dans le droit de toutes les nations. Ce sont elles que le genre humain n'a jamais oublié d'honorer et de pratiquer sous le nom de *droit naturel*. Si elles régnaient seules, pures et sans mélange, chez chaque peuple, le droit positif et les législations particulières ne seraient pas nées, et

---

[1] Æneidos, VI.

l'empire du monde appartiendrait à la philosophie.

Mais, comme chacun sait, les choses vont autrement. Ce fonds éternel d'idées absolues, qui est le même partout, revêt mille formes partout où il y a des hommes. Dans chaque coin, les préjugés, les mœurs, les passions, le changent et le déforment. L'équité universelle disparaît. Souvent les coutumes et les législations nationales, qui ne peuvent subsister vraiment que par elles, s'efforcent de la représenter autant qu'elles le peuvent; quelquefois aussi elles la bravent ouvertement; mais toujours de l'absolu est né l'individuel, à la philosophie s'est associée l'histoire, tantôt pour l'exprimer, tantôt aussi pour lui mentir.

Cependant, de ce mélange d'universel et de contingent, de la philosophie et de l'histoire, naît chez chaque peuple un tout individuel et distinct qui participe de l'un et de l'autre, sans ressembler uniquement soit à l'un soit à l'autre : c'est le droit positif. Association de principes universels et de maximes nationales, d'axiomes rationnels et d'adages politiques, le droit positif se présente entre la philosophie et l'histoire qui l'ont créé et dont il se distingue. Il subsiste par des points dogmatiques où se combinent la justice absolue et la convenance nationale; c'est une espèce de géométrie morale, féconde en déductions et en con-

séquences, et qui porte virtuellement dans son sein la législation et la littérature juridique du peuple sur lequel elle répandra ses richesses : c'est d'elle que sortiront les textes et les doctrines.

Ainsi deux éléments constituent le droit positif, l'élément philosophique et l'élément historique, qui se confondent et s'expriment par des formules, des axiomes, des dogmes. Il faut saisir ces deux éléments dans leur mélange pour avoir l'intelligence entière de la science. Là comme ailleurs, être incomplet, c'est être faux.

En effet, ne prenez que l'élément philosophique, vous manquerez la science même; vous vous agiterez dans des théories qui pourraient convenir à la raison du philosophe, mais qui, à coup sûr, égareraient le jurisconsulte. Tout ce qui serait réel, national et politique, serait fermé pour vous; et dans vos utopies, quelles qu'elles soient, que vous les empruntiez à Épicure ou à Zénon, vous oublieriez le sol sur lequel vous marchez. C'est ainsi que Bentham a pris le change : il s'est imaginé que le droit positif et la législation, sans caractère individuel, sans originalité nationale, se composaient d'abstractions inflexibles comme l'algèbre; et il n'a pas hésité de demander aux nations de déchirer leur histoire, de faire violence à leurs mœurs, de se désenchanter de leurs croyances, pour les convier à l'école et

à la pratique de Locke et de Condillac. Dans ses spéculations, admirables d'ailleurs par leur audace et leur bonne foi, ce grand publiciste s'est montré impie envers l'histoire, qu'il méprise et qu'il ne sait pas.

D'un autre côté, si l'élément historique vous frappe seul, si vous ne saisissez dans le droit que ce qui est national, vous négligerez ce qui donne la vie à toutes les institutions, le rationnel et l'absolu. Vous aurez le sentiment des croyances, des coutumes et des mœurs d'un pays; bien : mais l'humanité elle-même, avec sa nature toujours une, vous échappera. C'est ainsi que le chef célèbre de l'École historique allemande, M. de Savigny, uniquement préoccupé de l'histoire, de ce que le droit des nations a d'individuel, de leurs coutumes et de leur instinct politique, n'a pas reconnu le fondement philosophique du droit positif, l'élément humain et universel; sa gloire, et elle est grande, est d'avoir vivement senti et fait sentir combien le droit positif est réel et vivant; qu'indépendant des législations et des codes, il leur préexiste; qu'il s'associe à la destinée et aux progrès des institutions, des mœurs et de la langue d'un pays; qu'il commence par être un drame pour devenir une science, et que, pour connaître sa nature, il faut savoir son origine et son histoire. Mais, on est forcé de l'a-

vouer, cet éminent jurisconsulte, s'arrêtant pour ainsi dire au costume de chaque peuple, n'a pas percé jusqu'à l'homme, et n'a pas franchi la réalité historique pour arriver à la vérité absolue.

Enfin, si, mettant en oubli tout ce que le droit positif tient de la philosophie et de l'histoire, on ne s'attachait qu'à l'intelligence des formules et des textes, qu'à la forme dogmatique ou géométrique, prise seule, sans considération de sa nature et de sa base, on pourrait tirer sévèrement des conséquences justes, se montrer bon logicien, mais voilà tout. On ne soupçonnerait pas quelle analyse subtile, quel commentaire éloquent, le véritable jurisconsulte trouve à faire sur les axiomes de sa science. Observant les éléments d'un texte dans leur nature et leur combinaison, cherchant à faire la part exacte des causes rationnelles et des origines historiques, de ce double point de vue, arrivant à la formule dogmatique dont il possède alors l'intelligence non-seulement logique, mais réelle et complète, il déduira avec une raison ferme, sans témérité comme sans routine, des conséquences fécondes et lumineuses.

On le voit, le droit positif n'est pas un élément simple. Entre la philosophie et l'histoire, il n'est ni un, ni universel, ni simple. Tandis que la philosophie, aventureuse courrière, travaille avec ardeur de découverte en découverte, de système

en système, à expliquer et à gouverner le monde, le droit, la suivant de bien loin dans chaque pays, long à pratiquer les vérités qu'elle lui transmet, les accepte enfin pour les faire tomber dans le domaine et les passions de l'histoire, qui les altère et les transforme. Jamais ce mélange, qui constitue le droit, ne fut plus éclatant que dans la jurisprudence romaine. Là, ce qui est toujours vrai et ce qui n'est que réel, ce qui est absolu et ce qui n'est qu'historique, s'unissent et se confondent si bien, que rien ne se détache, que les combinaisons paraissent homogènes, tant l'étreinte est forte! C'est pourquoi le droit romain a été si différemment jugé. Grotius et son école l'ont souvent considéré comme le droit naturel personnifié, uniquement frappés de la philosophie vigoureuse qui s'y était incorporée; au contraire, l'école historique allemande admire exclusivement ce qu'il a d'individuel et de national. Tous ont raison : ce qu'ils adorent dans le droit romain s'y trouve, mais ne s'y trouve pas seul.

Encore un coup, qu'on le reconnaisse, le droit positif est une science morale qui vient se placer entre la philosophie et l'histoire, qui à la première emprunte ses règles absolues, à la seconde le drame, et dans cette combinaison trouve sa forme individuelle. Le droit, dans chaque pays, est à la fois ce que veut la raison et ce qu'ont

pratiqué les ancêtres. Sa vocation est toute politique, son rôle tout social. Se rédigeant au Sénat, s'enseignant à l'Académie, se pratiquant au Forum, il se répand dans le corps social, qu'il colore et qu'il vivifie. On l'écrit, et il devient législation; on l'enseigne, et il se développe en doctrine et en littérature; on l'applique, et il s'appelle jurisprudence.

Autres conséquences. Si le droit a une base philosophique, il y a nécessité d'une philosophie du droit.

Si le droit a un vêtement historique, il y a nécessité d'une histoire du droit.

Si le droit préexiste par lui-même, indépendamment des législations et des textes, il y a nécessité de théories dogmatiques.

Si le droit se manifeste surtout par la législation et les textes, il y a nécessité d'une interprétation scientifique des textes et des législations.

Ainsi,

Philosophie du droit;

Histoire du droit;

Dogmatique;

Exégèse;

Telles sont les quatre grandes divisions de la science; toutes les autres s'y soumettent et y rentrent.

Il y a entre ces quatre parties relation, ordre et nécessité.

La philosophie du droit étudie la nature humaine, et des faits observés tire des préceptes obligatoires. *Sequere naturam.*

L'histoire du droit étudie dans la réalité le jeu de la science, sa pratique et sa représentation, constate la nature du droit par ses applications mêmes, reconnaît son rôle et sa place dans l'humanité, dans l'histoire individuelle des peuples et l'histoire nationale, le voit mêlé à toutes les choses de ce monde, et le retrouve dans toutes les destinées et dans toutes les proportions de l'ordre social. Par ce spectacle, qui est un grand enseignement, l'histoire du droit aplanit même les voies de la philosophie du droit, en montrant sous des formes sensibles les opinions et les dogmes ; elle rend la dogmatique possible et féconde, en livrant au jurisconsulte l'expérience et la pratique des temps et des peuples ; elle agrandit l'exégèse, en révélant dans les textes ce qu'auparavant on n'y voyait pas.

La dogmatique élève des théories qui préparent et provoquent les textes et les législations. Ici le jurisconsulte ne saurait se passer du double enseignement de la philosophie et de l'histoire du droit. Novateur prudent et docte, il sait concilier le respect des lois existantes avec le progrès

des lois futures, demander et mûrir les changements; les soumettre à la discussion, dépouiller les innovations par le calme et la bonne foi de la science de ce qu'elles ont de trop brusque et de trop mordant, et enfin le temps venu, la société convaincue, et le pouvoir averti, les théories deviennent paisiblement des lois.

L'exégèse en face des textes et de la législation les interprète et les explique : elle tire des textes tout ce qu'ils contiennent; sous une lettre usée et vulgaire, saisit l'esprit, car la science produit en jurisprudence les mêmes effets que la foi en théologie : elle illumine les commentateurs et les textes, et maintient la législation en harmonie avec le temps, ses progrès et sa mobilité.

CHAPITRE IV.

RÉNOVATION DE LA SCIENCE AU XIIe SIÈCLE ; IRNÉRIUS ET LES GLOSSATEURS. — XIIIe SIÈCLE ; ACCURSE, LE DERNIER DES GLOSSATEURS. — XIVe SIÈCLE ; BARTOLE. — XVe SIÈCLE ; ANGE POLITIEN.

Ainsi nous ne poursuivons pas une ombre, en nous attachant au droit et à son histoire. Le droit est dans la nature, dans l'histoire et dans la science, et nous pouvons hardiment l'interroger dans sa philosophie, le suivre dans ses annales, et le contempler dans ses dogmes. Mais avant d'entrer pour notre propre compte dans l'étude des idées, des faits et des théories, n'avons-nous rien à faire? Irons-nous, sans nous enquérir de nos devanciers et de leurs œuvres, nous embarquer étourdiment, sans songer que les routes qu'ils ont prises peuvent nous indiquer celles qu'il faut tenir et celles qu'il faut éviter?

Un ancien a dit avec gravité : « Nulla est ars « quæ singulari consummata sit ingenio [1]. » Il est vrai, il n'est pas donné à un génie humain, quel qu'il soit, d'ouvrir et de fermer à lui seul la carrière d'une science, de la consommer. Édi-

---

[1] Columelle, cité par Haubold.

fice qui s'élève lentement, pierre à pierre, la science, cette Babel légitime de l'humanité, est debout au milieu des siècles et des hommes qui viennent les uns après les autres y mettre la main. N'est-il pas alors nécessaire à chacun de se faire conter l'histoire des fatigues, des sueurs et des efforts qu'il doit continuer, de connaître la place où, manœuvre d'un jour, il doit travailler? Le spectacle de ce qui a été fait montre ce qui reste à faire, et le passé est l'enseignement de l'avenir.

La science du droit dans l'Europe moderne ne date que du douzième siècle; c'est à cette époque qu'elle vint s'associer à la théologie et à la scolastique. Irnérius fut contemporain d'Abeilard.

Le droit romain[1] n'avait pas péri, mais à côté des barbares et de leurs lois, à l'ombre du christianisme et de ses institutions, il avait subsisté, gouvernait la vie civile des vaincus et des clercs, et avait pris sa place dans les éléments et les bases de la civilisation européenne. Au douzième siècle, de cette existence de fait il passa à une dictature intellectuelle; de législation pratique il devint une science, et fut exclusivement, pendant trois siècles, la science sociale de l'Europe. Alors l'église cessa de tenir seule dans sa main la culture de l'esprit : les laïques eurent à eux la jurisprudence,

---

[1] Voyez, à l'Appendice, notre Analyse de l'histoire du droit romain au moyen-âge, de M. de Savigny.

et, jurisconsultes, ils furent les maîtres de la science politique, pendant que la philosophie restait encore au pouvoir de la théologie.

Il était réservé à l'Italie, berceau, patrie du droit romain, d'être le théâtre de cette rénovation scientifique. La prospérité que les villes lombardes durent au commerce, l'organisation de leurs *communes*, leur amour d'indépendance et de liberté donnaient à la fois à la vie civile et politique une activité nouvelle et des besoins nouveaux. Le commerce multipliait et compliquait les transactions privées, les occupations et les luttes politiques provoquaient des principes de conduite et de législation plus généraux, et certes, ce n'était pas le vieux droit barbare qui pouvait se prêter à ce mouvement des esprits, le suivre et le satisfaire; mais le droit romain, souple et riche tout à la fois, vint offrir ses trésors : on les mit en œuvre.

Bologne n'était pas fort éloignée de Ravenne, riche de tous temps en manuscrits, et où s'était conservé plus qu'ailleurs un certain nombre de copies des livres de Justinien. De Ravenne, quelques-unes de ces copies furent portées à Bologne, et là, un maître ès-arts, homme d'un esprit prompt et actif, aimant sincèrement l'étude, Irnérius (ou Werner, dont on a voulu faire un Allemand; mais la critique s'est arrêtée à en faire un Bolo-

nais), Irnérius prit ses livres, les lut avec curiosité, et les relut avec avidité. Seul, sans maître, il se mit à les étudier, puis à les enseigner; et de maître ès-arts se fit docteur en droit et jurisconsulte. Telle est l'origine fort simple de la fameuse école d'Irnérius et des glossateurs.

Irnérius dans son enseignement, ayant devant lui les textes du droit romain, commença par interpréter un mot par un autre (glose, γλωσσα, mot), puis il s'enhardit, et aux gloses littérales succédèrent les gloses marginales qui étaient déjà une espèce de commentaire, des notes qui se mettaient en marge, et contenaient parfois trois ou quatre phrases, pour interpréter un passage plus ou moins obscur. Voilà le point de départ de la théorie du droit dans l'Europe moderne.

M. de Savigny a mis sous un jour vrai les travaux d'Irnérius et des glossateurs, leur originalité et les services qu'ils rendirent; et en cela sa critique s'est montrée supérieure à celle des écrivains qui se sont occupés à rassembler des phrases tirées des glossateurs, pour prouver que ces derniers ne savaient ni l'histoire, ni les antiquités du droit, ce qui, sans doute, doit surprendre au douzième siècle; comme si c'était de leurs fautes que nous dussions être frappés, et non pas de leur mérite, de leur activité, de leur indépendance, de ces débats entre Martin et Bulgare, de

cet éveil donné à la jurisprudence. Eh! qu'importe, bon Dieu, qu'ils aient cru que la loi *Hortensia* venait du roi *Hortensius!* Pour reconnaître à ces hommes une capacité singulière, il me suffit que, venus les premiers, ils aient eu la vive intelligence de la science, des principes et des axiomes du droit; qu'ils aient été jurisconsultes, et je ne m'étonnerai pas s'ils ont manqué au rôle d'historiens et de littérateurs. Ainsi au douzième siècle, voilà un grand mouvement; la science du droit s'élève à l'enseignement et à la théorie, par les cours et les écrits des glossateurs, qui, professeurs et écrivains, ouvrent par leurs leçons, leurs gloses, et leurs autres ouvrages, les fastes de la littérature juridique.

Mais les gloses dans l'espace de cent ans s'étaient tellement multipliées, chaque glossateur avait tant écrit pour montrer son indépendance et sa fertilité, qu'il y eut besoin d'un résumé, qui, nouveau progrès dans la science, rassemblât comme en un faisceau les richesses du siècle précédent : telle fut l'œuvre du treizième siècle, et la gloire d'Accurse [1].

---

[1] Accurse, né vers 1182, professa à Bologne et mourut en 1260. Voyez le cinquième volume de l'Histoire du Droit romain de M. de Savigny, où il expose, avec les détails les plus curieux, la vie, les travaux d'Accurse, la double école de théoriciens et de praticiens qu'il fonda, la valeur historique de sa Glose, qui nous a transmis les travaux des glossateurs.

Accurse, qui eut pour maître Azon, comprit qu'il était temps d'apporter la synthèse au milieu d'interprétations si nombreuses : dans sa *glossa ordinaria*, il résuma toutes les gloses importantes, et mit les unes à côté des autres les opinions divergentes sur les plus graves questions, en y ajoutant sa propre doctrine. Ce travail excita l'admiration des contemporains. Accurse fut l'autorité de son siècle, qu'il remplit de son école et de son nom.

Si aux travaux infinis et partiels qui caractérisent le douzième siècle succède un vaste résumé, Bartole [1], venant au quatorzième siècle, commença à écrire des commentaires sur les Institutes, une grande partie du Digeste, et quelques livres du Code. Une sorte de ridicule s'est attachée à son nom; c'était cependant dans son siècle un homme puissant : il sut rallier tous ses contemporains à son école, eut les bonnes grâces de l'empereur Charles IV, et peut-être fut consulté sur la bulle d'or. Déjà grand jurisconsulte, il apprit les mathématiques et l'hébreu; il avait pour maxime d'apprendre sans cesse quelque chose de nouveau, et sortit à la fois de la science et de la vie à l'âge de cinquante-six ans. Balde, [2] son élève et son contradicteur, lui succéda.

---

[1] Né en 1303, à Saxoferrato; mort en 1359.

[2] Né vers l'année 1324, mort en 1400.

Voilà donc trois siècles dépensés à la seule culture du droit romain, et la science du droit proprement dite n'est pas encore sortie d'une exégèse timide qui n'a à son service ni l'histoire ni la littérature. Le quinzième siècle, qui ne nous fournit aucun jurisconsulte dominant et enseignant son temps, comme Accurse et Bartole, semble uniquement destiné à concevoir et à préparer dans la science du droit, comme dans tout le reste, une éclatante révolution : les événements et non les hommes, la découverte de l'imprimerie et la prise de Constantinople avancent les développements de la science en rendant possibles Alciat et Cujas. Aussi cette époque de fermentation où tout s'ébauche et rien ne se fait est caractérisée non par les écrits des jurisconsultes proprement dits, tels que Paul de Castro [1], mais par les travaux littéraires et philologiques d'Ange Politien [2]. Ce brillant favori de Laurent de Médicis, orateur, poëte, grammairien et philosophe, considérait le droit romain surtout comme un précieux fragment de l'antiquité; à ses yeux, le *corpus juris* contenait non pas tant la science du droit que les élégants écrits des jurisconsultes et de la littérature romaine. Précurseur de Bologninus, d'Alciat, d'Haloander et de Budée, il introduisit la littéra-

[1] Tenu en haute estime par Cujas. Mort en 1438.

[2] Né en 1454, mort en 1494.

ture et la philologie dans la jurisprudence, en comparant une édition des Pandectes, imprimée à Venise en 1485, avec le manuscrit de Florence qu'il avait à sa disposition; et cette conférence est le point de départ de l'érudition classique appliquée aux textes du droit.

C'est ainsi que pendant quatre siècles la science du droit fut, en Europe, toute romaine et toute italienne; la jurisprudence brillait à côté de la poésie; le Dante naquit cinq ans après la mort d'Accurse; Pétrarque et Boccace étaient contemporains de Bartole; et quand les Grecs quittèrent Constantinople, quand Bessarion, Théodore Gaza, Lascaris, Jean de Trébisonde, Démétrius Chalcondilas, eurent posé le pied sur le sol de l'Italie, les jurisconsultes se mirent à leur école et adorèrent cette antiquité merveilleuse, que ces nobles exilés avaient comme emportée de leur patrie en flammes.

CHAPITRE V.

XVIe SIÈCLE. — ALCIAT. — ÉCOLE FRANÇAISE. — CUJAS, DONEAU. — DUMOULIN. — L'HÔPITAL. — BODIN.

L'histoire d'une science ne se borne pas à un seul pays, à un seul peuple. S'il n'est pas donné à un homme, quel qu'il soit, de commencer et d'achever à lui seul une science, il est aussi refusé à un peuple, cet individu moral, d'en enfermer dans ses frontières les destinées. Aussi nous changeons maintenant de théâtre en poursuivant toujours le même spectacle : la science du droit théorique passe de l'Italie en France.

Dans la monarchie française, la jurisprudence fut dès l'origine appliquée aux affaires et au gouvernement de l'état. Philippe-Auguste, Saint-Louis, Philippe-le-Bel, appelèrent auprès d'eux les légistes, dont l'influence et les lumières venaient de s'accroître par la propagation du droit romain, leur firent rédiger ces ordonnances, ces *établissements* destinés à détruire la société féodale et à repousser la puissance pontificale dans des limites plus étroites. Les parlements commencèrent à rendre la justice et à modérer tous les pouvoirs. C'est à ces circonstances que la science du droit doit les

premiers développements qu'elle prit en France. Cette éducation historique, pour ainsi dire, qui associait continuellement la pratique à la théorie, imprima à la législation française un caractère de bon sens et de droiture, empêcha de naître les subtilités, les fictions. Quoi de plus raisonnable et de plus sain que les monuments de la jurisprudence des parlements? Jamais nation n'eut un corps de magistrature aussi éclairé. Les magistrats étaient des jurisconsultes habiles et profonds, avaient leurs doctrines et créaient une législation en rendant leurs arrêts.

La jurisprudence française débutant par la pratique, il suit que ses premiers monuments furent des lois. Dans la dernière année du onzième siècle, un chevalier, que la victoire et ses pairs avaient fait roi, fit rassembler, sous le nom d'*assises de Jérusalem*, les usages et coutumes de France. « Il concueillit de ces écrits ce que bon « lui sembla, et en fit assises et usages que l'on « dût maintenir et user au royaume de Jérusa- « lem, par lequel lui, ses gens, et son peuple, et « toutes autres manières de gens, allants et ve- « nants et demeurants, fussent gouvernés et me- « nés à droit et à raison au dit royaume[1]. » En 1270, saint Louis *fit et ordena les établissements*, *avant*

[1] Assises, chap. 1. Voyez Notices bibliographiques, par M. Dupin aîné.

ce qu'il allast en Tunes, en toutes les cours layes du royaume et de la prévosté de France[1]. Ces établissements contenaient toute la science du temps, ce qu'on savait de droit romain, les procédés de la pratique, et quelques réformes. Cependant le barreau de Paris, le palais, se peuplaient d'avocats instruits, de légistes habiles dont quelques-uns mêmes écrivirent. En 1253, Pierre Defontaine composa le *Conseil à son ami* « qui est en « quelque façon un résultat de l'ancienne juris-« prudence française, des lois ou établissements de saint Louis et de la loi romaine[2]. » Son contemporain, Philippe de Beaumanoir, recueillit les *Coutumes et usages de Beauvoisins, selon ce que il corroit au temps que ce livre fut fait, c'est à savoir en l'an de l'incarnation de Notre-Seigneur*, 1283, ouvrage que Montesquieu appelle admirable, et que Ducange estimait singulièrement. A peu près dans le même temps, Guillaume Durand écrivait le *Speculum juris*, ce qui lui valut le nom de *Speculator*. Gui Foucaud, qui devint pape sous le nom de Clément IV, composa deux ouvrages sur le droit romain, *Quæstiones juris*, et *Recipiendarum actionum rationes*. Le quatorzième siè-

---

[1] Préambule des établissements, ajouté, comme le remarque Laurière, après la mort de saint Louis. Voyez, sur la date et le caractère des établissements, Ducange, Laurière et Montesquieu.

[2] Montesquieu, liv. 28, ch. 38.

cle nous fournit Guillaume du Breuil, qui rédigea en latin les usages et formules du palais, *Stylus parlamenti;* Jean Faber, qui fit un commentaire estimé sur les *Institutes; les Décisions*, de Jean Desmarets, conseiller avocat du roi au parlement, sous Charles V et Charles VI, injustement mis à mort; *le Songe du Vergier*, attribué à Raoul de Presle, ouvrage polémique, dirigé contre la juridiction ecclésiastique; enfin, *la Somme rurale*, de Jean Bouteillier, qui écrivait à la fin du quatorzième ou au commencement du quinzième siècle. Mais ce qui caractérise surtout la jurisprudence française, ce sont les projets de Charles VII, de Louis XI et de Charles VIII, au quinzième siècle. Charles VII, après avoir chassé les Anglais avec l'épée des comtes de Dunois, de Penthièvre, de Foix et d'Armagnac, voulut mettre quelque ordre dans son royaume, et rendit à Montils-lès-Tours, en avril 1453, avant Pâques, une ordonnance pour la réformation de la justice, dans laquelle il déclare que *le royaume a été moult opprimé et dépopulé par les divisions et guerres qui ont été en icelui;* .... que *les royaumes, sans bon ordre de justice, ne peuvent avoir durée ne fermeté aucune*[1]. Par l'article 125[2], le roi ordonne

---

[1] Voyez le Recueil des anciennes lois françaises, par MM. Isambert, Jourdan et Decrusy, t. IX, p. 202. [2] Et non pas 123, comme il est dit dans l'Histoire du Droit français, de Fleury.

que *les coutumes, usages et stiles de tous les pays du royaume, soient rédigés et mis en écrit, accordés par les coutumiers, praticiens, et gens de chacun desdits pays du royaume*, afin qu'examinées et autorisées par le grand conseil et le parlement, les coutumes aient force de loi. C'était préparer les matériaux de ce qu'aujourd'hui nous appelons un code. Louis XI, qui aimait l'uniformité, dut approuver de tels desseins; mais au milieu des embarras et des finesses de sa politique, le temps lui manqua pour les exécuter. Charles VIII les reprit, embrassant avec ardeur la réformation de la justice, comme le témoigne son ordonnance de 1493. Sous son règne, nombre de coutumes locales furent rédigées, et à différentes reprises ce travail se continua pendant le seizième siècle. Ainsi partout la pratique était puissante; elle régnait dans le conseil de nos rois qui maniaient la jurisprudence comme un instrument, dans les ouvrages des jurisconsultes qui n'écrivaient que pour l'application quotidienne de la loi, pour l'usage du palais, et la théorie proprement dite n'avait pas encore paru en France quand le seizième siècle éclata.

L'Italie avait mis au jour, pour l'Europe moderne, la science théorique du droit: elle l'importa en France; c'est un Italien qui a ouvert et préparé le grand siècle de la jurisprudence fran-

çaise. André Alciat[1], après avoir professé fort jeune pour la première fois à Avignon, vint à Bourges sur l'invitation de François Ier; et là cinq ans lui suffirent pour changer entièrement l'enseignement du droit et fonder une école nouvelle. Connaissant profondément l'antiquité, habile helléniste, il montra le parti qu'on pouvait tirer, pour la science du droit romain, des écrivains classiques et des richesses apportées en Italie dans le siècle précédent, par les Grecs de Constantinople. Aussi son enseignement, en se teignant des vives couleurs des lettres grecques et latines, fut brillant et populaire. Ses nombreux ouvrages, qui n'appartenaient pas tous à la jurisprudence[2], lui donnèrent dans leur temps une vive impulsion; on ne les lit guère, mais on doit en garder le souvenir; le nom d'Alciat ne saurait périr dans l'histoire de la science : il ouvre et explique le seizième siècle.

Quinze ans environ après le séjour d'Alciat à Bourges, un jeune homme ouvrit à Toulouse un cours particulier sur les Institutes. Ce jeune homme avait vingt-cinq ans, et s'appelait Cujas; et tel était déjà l'éclat et la vigueur de son talent qu'il

---

[1] Né à Milan en 1492, mort en 1550. Voyez Bayle, qui a écrit sa vie avec beaucoup de détails.

[2] Il est encore curieux aujourd'hui de parcourir les *Emblemata* d'Alciat : ce livre a eu d'innombrables éditions.

rassembla autour de lui un concours d'illustres élèves. Pasquier assistait à ce début[1]. Après quelques années de ce professorat libre, Cujas crut pouvoir demander à sa ville natale une chaire de droit. Mais Toulouse n'avait pas senti la révolution qu'Alciat avait faite à Bourges dans la jurisprudence; l'école de Bartole y régnait encore en maîtresse, si bien que Cujas qui, excité tant par son propre génie que par l'exemple et les ouvrages d'Alciat, étudiait les textes, expliquait les Institutes de Justinien avec les secours de la littérature et de la philologie, indigna les Bartolistes rétardataires du seizième siècle; de telle sorte qu'il essuya un refus. Peu après il se rendit aux instances de la ville de Cahors qui ne sut pas le méconnaître. Depuis, il professa tour à tour à Bourges, à Valence, à Paris, à Turin, puis revint à Bourges, où il mourut. Il est inutile de suivre les migrations de ce grand homme, et les vicissitudes fort ordinaires de sa vie[2] : suivons son génie, apprécions sa méthode.

Quels sont les premiers ouvrages de Cujas? A-t-il de prime abord révélé l'originalité de son

---

[1] Voyez l'Histoire de Cujas, par M. Berriat-Saint-Prix.

[2] M. Berriat-Saint-Prix a traité avec supériorité la partie biographique et bibliographique de l'Histoire de Cujas. Il faut consulter aussi Hugo, Civil Magazin, t. III, fasc. II, p. 190-246 fasc. III, p. 317-320. Nous ne parlons pas des anciens biographes effacés et rendus presque inutiles par les nouveaux travaux.

esprit? Oui. Les premiers ouvrages de Cujas sont d'accord avec les derniers; toute la carrière de ce jurisconsulte est une. Il commença par des notes sur Ulpien qu'il suit de fragment en fragment, en l'interprétant à la fois comme jurisconsulte et comme philologue. Il fit de même pour les Institutes. Il donna ensuite une explication des titres *de Usurpationibus*, *etc.*; puis, dès le commencement de sa carrière, il écrivit les trois premiers livres de ses *Observations* que plusieurs estiment comme son chef-d'œuvre; mais pour nous, nous leur préférons le travail sur Papinien. Enfin, ajoutez ses notes sur les sentences de Paul, et vous aurez la suite chronologique des premiers ouvrages de Cujas. N'eût-on que cela de Cujas, ce serait assez pour apprécier son originalité. Qu'on se reporte aux idées qu'avaient alors les jurisconsultes sur le droit romain et sur le *Corpus juris*. A leurs yeux, le *Corpus juris* était comme un code de lois, une législation homogène qu'il fallait étudier telle que le temps l'avait faite; il ne leur tombait pas dans l'esprit qu'on pût décomposer une machine aussi compliquée. Que fait Cujas? En face de Tribonien qui a tout altéré, les principes de la science, l'histoire des antiquités, la philosophie des jurisconsultes, tout confondu, et a su corrompre la pureté des traditions romaines avec la barbarie prétentieuse

de Byzance, Cujas conçut le hardi dessein de recréer tout ce que le ministre de Justinien avait aboli; il entreprit, en réunissant tant de fragments épars, d'évoquer, pour ainsi dire, de ressusciter les jurisconsultes de l'ancienne Rome; il comprit d'un seul coup que chaque jurisconsulte, dont Justinien nous offrait les membres dispersés, représentait un système; qu'il ne devait pas chercher l'unité dans une compilation qui ne subsistait que par l'assemblage bizarre des éléments les plus contraires, mais qu'il fallait recomposer le droit romain, homme à homme, en s'attachant à chaque jurisconsulte pris à part. C'est pourquoi il annota Ulpien et Paul, se mit à commenter Africain, et restaura Papinien. Résolu de retrouver autant que possible les lois de l'ancienne Rome dans leur sincérité historique, sans mélange d'idées étrangères, Cujas est un vrai Romain. Il s'est à peine écoulé trois quarts de siècle depuis que les lettres et l'érudition ont reparu, et Cujas porte dans l'étude d'une législation à la fois morte et en vigueur la vue désintéressée et l'imagination d'un historien et d'un artiste. Ne craignons pas de le dire, il a aimé le droit romain en poëte romantique, a nourri le sentiment le plus profond de sa réalité, et, par l'énergie qu'il a déployée dans cette voie, il s'est fait le véritable fondateur de l'étude historique du droit : c'est de lui que

procède l'école historique allemande en ce qui touche le droit romain.

Le dernier effort de Cujas s'est porté sur Papinien; il avait commencé par Ulpien et Paul, dont les fragments sont plus complets et plus faciles; il termina sa carrière par la restauration de Papinien, le plus profond, le plus grand et le plus ardu des interprètes du droit, Papinien, le jurisconsulte romain par excellence, dont le génie était sévère, la parole précise, le caractère inflexible, qui se laissa mettre à mort par Caracalla qui voulait l'envoyer au sénat faire sur son fratricide des distinctions de légiste et une apologie de rhéteur; Papinien dont les *Réponses* et les ouvrages ne nous sont parvenus que déchirés et incomplets, comme une statue mutilée. Cujas s'attacha à ces restes sacrés. Il faut voir avec quelle industrieuse puissance il parvient à leur rendre la vie, avec quel audacieux respect il pénètre et descend dans le secret de ces fragments muets et glacés pour tout autre que pour lui. Voilà son génie, c'est un esprit d'historien, c'est une imagination d'artiste; sous sa plume, tout est historique, individuel; aussi, dans la volumineuse collection de ses œuvres[1], vous ne trou-

---

[1] Voici la liste des principaux ouvrages de Cujas:

In quatuor libros institutionum Justiniani priores notæ.

In eosdem libros, posteriores notæ.

verez pas un ouvrage qui ne soit un commentaire, une explication, une note sur des vestiges de l'antiquité. Cujas est le modèle de l'exégèse.

Ad Ulpiani titulos 29 notæ.

In Julii Pauli receptarum Sententiarum ad filium lib. 5 interpretationes.

De diversis temporum præscriptionibus et terminis πραγμάτεια.

Constitutiones 60.

Paratitla in libros quinquaginta Digestorum sive Pandectarum. Item commentaria in Pandectarum titulos, de origine juris, de pactis, de transactionibus, de in integrum restitutionibus, quod metus causa gestum est, de dolo malo, de minoribus 25 annis, de excusationibus tutorum, qui testamenta facere possunt, de liberis et posthumis hæredibus instituendis; de injusto, rumpto, irrito facto testamento; de his quæ in testamento delentur, etc.; de usurpationibus et usucapionibus, pro emptore, pro hærede vel possessore, pro donato, pro derelicto, pro dolo, pro suo, de verborum obligationibus.

Ad Africanum tractatus 9.

Paratitla in libros 9 codicis Justiniani repetitæ prælectiones.

Commentaria ad 3 postremos libros codicis ejusdem.

Novellarum constitutionum 168 ejusdem imperatoris expositio.

De feudis libri 5 et in eos commentarii.

Caroli IV romani imper. aurea bulla.

Observationum et emendationum libri 28.

Commentaria in libros 37 Quæstionum summi inter veteres jurisconsulti Æmilii Papiniani.

Commentaria in Æmilii Papiniani libros 19 Responsorum.

Commentarius in Æmilii Papiniani libros 2 Definitionum.

Commentarius in Æmilii Papiniani libros 2 et ejusdem librum singularem de adulteriis.

In Julii Pauli libros 78 ad edictum commentarii, seu recitationes solemnes.

Ad Julii Pauli libros Quæstionum 25, recitationes solemnes.

In libros 21 responsorum Julii Pauli, recitationes solemnes.

In libros responsorum Neritii Presci, recitationes solemnes.

Vers les derniers temps de son professorat, Cujas prononça dans une solennité d'école un discours de *ratione docendi juris* [1]; on peut y voir combien il manquait de méthode et de critique rationnelle, et de cette force de réflexion qui

In librum singularem responsorum Ulpii Marcelli, recitationes solemnes.

Ad libros 2 responsorum Ulpiani, recitationes solemnes.

In libros 18 responsorum Herennii Modestini, recitationes solemnes.

In libros sex responsorum Cervidii Scævolæ, recitationes solemnes.

Ad Herennii Modestini differentiarum libros novem, recitationes solemnes.

Ad libros 94 digestorum Salvii Juliani, recitationes solemnes.

Ad libros sex Juliani ex Minucio Natali, recitationes solemnes.

Ad Salvii Juliani libros 4 ad Urseïum ferocem, recitationes solemnes.

Ad Juliani librum singularem de ambiguitatibus, recitationes solemnes.

Ad diversos titulos Pandectarum, recitationes solemnes.

Recitationes solemnes ad titul. 1, libri 31, Digestorum de legatis.

Ad codicem Justinianum, recitationes solemnes.

Ad Decretalium Gregorii IX, libros 2, 3 et 4, recitationes solemnes.

Commentaria ad tit. 26, lib. 3, Decretalium de testamentis et ultimis voluntatibus.

De confessione, oratio habita in schola bituricensi anno dom. 1576.

De ratione docendi juris, oratio habita in schola bituricensi anno dom. 1585.

Il manque encore quelques ouvrages à cette liste si longue que nous empruntons à Terrasson. — Cujas, né à Toulouse en 1522, mourut à Bourges en 1590.

[1] T. VIII de l'édition de Naples, p. 1172.

coordonne et généralise les idées. Il ne trouve guère autre chose à dire que le professeur doit toujours être nommé par l'autorité, *à principibus rerum dominis*, de peur que l'enseignement ne tombe entre les mains de l'ignorance présomptueuse, puis une élégante latinité comme on sait qu'écrivait Cujas, des citations d'Euripide et d'Aristote, mais pas une idée générale, une pensée philosophique sur la science et l'enseignement du droit. C'est que le grand Cujas, hors de l'exégèse et de l'interprétation des textes, n'avait plus qu'un esprit sans force et sans valeur.

A côté de lui professait à l'école de Bourges un adversaire, un ennemi, Hugues Doneau[1], qui, par la trempe de son esprit, nourrissait envers Cujas une inévitable aversion. A ses yeux le droit romain n'était pas, comme à ceux du commentateur d'Africain, un fragment de l'antiquité, des débris et des vestiges qu'il était précieux de reconnaître et de rassembler. Pour Doneau, le droit était le droit, c'était la raison de décider dans les affaires tant politiques que civiles, c'était une géométrie, un système. Aussi ne fit-il que des traités, tandis que Cujas n'écrivait que des commentaires[2]. Après avoir approfondi les monuments du droit romain, Doneau rassemble et

[1] Né en 1527, mort en 1591.

[2] Il est inutile d'avertir que l'acception dans laquelle nous

maîtrise ses connaissances, ses matériaux et ses souvenirs, et, s'isolant des jurisconsultes romains et de leurs fragments, il compose de véritables traités dogmatiques sur chaque matière considérable du droit civil. Tandis que Cujas, dans un style brillant et digne de cette Rome qu'il aime, poursuit incessamment de son culte et de son analyse l'antiquité et les anciens jurisconsultes; Doneau, dans un latin sévère, mais lourd et terne, dogmatise, pose les principes, déduit et pousse les conséquences, en penseur profond et en logicien infatigable : c'est le modèle de la méthode dogmatique appliquée aux textes, c'est un géomètre et non, comme Cujas, un artiste. Aussi ces deux jurisconsultes avaient-ils l'un pour l'autre la plus cordiale antipathie : ils ne s'aimaient pas plus que ne se tolèrent entre elles la synthèse et l'analyse. Mais le temps les a associés dans l'histoire de la science; Doneau s'est mis et maintenu à côté de Cujas en tenant des voies bien différentes; à côté de l'exégèse, il est le modèle de la dogmatique. Aujourd'hui, en France, il est presque entièrement inconnu; l'Allemagne l'a réimprimé, l'admire et l'étudie; et nous verrons le parti qu'en a tiré M. de Savigny dans son *Traité sur la Possession*.

Autour de Cujas et de Doneau, enseignaient,

---

prenons ici le mot *commentaire* n'a rien de commun avec le *commentarius* des Latins.

à l'école de Bourges, Duaren, maître de Doneau; Hotman, qui mêlait dans sa polémique Tribonien et Cujas; Le Conte, dont l'érudition était fameuse parmi tant d'érudits. Hors de Bourges, la science du droit romain avait pour interprètes Budée, plus philologue que jurisconsulte; le Portugais Govea, qui enseigna tour à tour à Paris, à Toulouse, à Cahors, à Valence, à Grenoble; Connan, élève d'Alciat; Baudouin, Charondas, le président Brisson, si utile aux antiquités du droit romain, et qui songea à une réforme du droit français; Jacques Labitte, qui dressa l'inventaire de toutes les lois contenues dans les Pandectes; Denys Godefroy, que son fils devait effacer; Jean de la Coste, élève de Cujas, auteur d'un commentaire sur les Institutes, qui se lit encore avec fruit.

Cujas n'était pas étranger au droit français, comme l'ont prétendu quelques critiques. Comment ce jurisconsulte se fût-il résigné à ignorer les lois de son pays? Mais pour que le droit français reçût au seizième siècle la même impulsion que le droit romain, il fallait un autre homme, un homme tout entier, Dumoulin.

Dumoulin[1], avocat au parlement de Paris, n'était pas moins infatigable à l'étude qu'ardent à la dispute; il aimait à mêler le droit aux affaires,

[1] Né en 1500, mort en 1566.

et à porter la jurisprudence dans la lutte des discussions théologiques et politiques de son temps. Praticien ardent, savant laborieux, ayant du goût pour le protestantisme, qu'il embrassa et finit par abjurer, mais en réalité plus gallican que réformé, il publia, en 1552, un commentaire sur l'édit des Petites Dates, qui souleva contre lui le courroux de la cour de Rome, de la faculté de théologie, et la fureur de tout ce qui n'était ni parlementaire ni gallican; il fut contraint de s'éloigner et de quitter la France. On le voit alors, jurisconsulte nomade, aller de cour en cour, de ville en ville, d'université en université. Après s'être réfugié auprès du landgrave de Hesse, il passe et professe successivement à Bâle, à Genève, à Strasbourg, à Tubinge, où il eut le titre de premier professeur en droit, à Montbéliard, à Dôle, portant partout son ardent amour de science et de libre discussion, un esprit énergique, mais tracassier. Enfin il revint à Paris, s'attira encore de nouvelles affaires par son *Conseil sur le fait du concile de Trente*, et mourut à l'âge de soixante-six ans, avec la gloire et le renom du premier jurisconsulte français. Dumoulin était un praticien dans toute la force et la noblesse du terme; il ne plaidait pas : la faiblesse de sa santé et l'ingratitude de son organe l'avaient écarté de l'audience; mais dans son cabinet, par ses nom-

breuses consultations, il animait le barreau de sa doctrine, luttait incessamment contre la cour de Rome, touchait à toutes les affaires politiques et religieuses, et portait enfin la lumière, par sa critique et son érudition, dans les profondeurs du droit français.

En effet, pendant que l'école de Bourges poussait si loin l'étude historique et dogmatique du droit romain, le droit français, qui était épars dans les coutumes et les us de nos provinces, que successivement Charles VII, Louis XI et Charles VIII s'étaient proposés de rassembler, qui toujours avait échappé à une rédaction soit scientifique, soit officielle, recevait enfin de Dumoulin quelque lumière et quelque stabilité. Par son commentaire sur la coutume de Paris, Dumoulin établissait les principales règles du droit français; en élaborant le droit coutumier, il dégageait les principes qui dominent dans le code civil là où le droit romain ne règne pas; il préparait en maints endroits les travaux de Pothier, et lui frayait la route.

Après Dumoulin, le droit français avait pour praticiens et pour écrivains Gui Coquille, René Chopin, Loiseau, profondément étudié par le vénérable Henrion de Pensey; Antoine Loisel, qui fit des institutes coutumières, annota Coquille et fut l'historien du barreau; Pierre Pithou, au-

torité souveraine dans l'église gallicane; François Pithou, qui annota les capitulaires, la loi salique et les formules de Marculphe; Étienne Pasquier, auteur classique dans les antiquités du droit français; Omer Talon, Pierre et Antoine Séguier, Achille de Harlay, Christophe et Augustin de Thou. Quels noms! Quels souvenirs! C'est que dans ces temps de travail et de science, où, selon la parole de Montesquieu, « le droit romain était « l'objet des connaissances de tous ceux qui se « destinaient aux emplois civils; dans des temps « où l'on ne faisait pas gloire d'ignorer ce que l'on « doit savoir, et de savoir ce que l'on doit igno-« rer; où la facilité de l'esprit servait plus à ap-« prendre sa profession qu'à la faire, et où les « amusements continuels n'étaient pas même « l'attribut des femmes[1] », le palais et l'école étaient animés du même esprit; l'érudition s'appliquait aux affaires, et les affaires ne méprisaient pas l'érudition. Cujas avait garni de ses élèves la cour du parlement et les bancs du barreau. Aussi le barreau français, au seizième siècle, est à son apogée. Dans le siècle suivant, la langue s'y épure, mais la doctrine y déchoit; l'on s'imagine que Domat peut remplacer Cujas, c'était méconnaître à la fois ces deux jurisconsultes. Le dix-huitième

---

[1] Esprit des Lois, l. 33, ch. 45.

siècle eut des talents oratoires qui éclatèrent en mouvements généreux, mais plus d'études, plus de travail. C'est au seizième siècle que le barreau jette son plus vif éclat à côté de l'école dont il procède et dont il relève.

Ce n'était pas assez ; la science du droit devait se traduire en législation sous la main d'un homme puissant et bon, de doctrine et de vertu, ardent et infatigable pour le bien, n'ayant de parti que celui de la France et du roi, vivant dix ans aux affaires sans se décourager de voir ses efforts inutiles, méconnus, calomniés; voulant toujours le bien, empêché presque toujours de le faire, et cependant restant à son poste sans dédain et sans désespoir. Ce héros du courage civil est le chancelier de L'Hôpital. Jurisconsulte, il avait surtout à cœur la réforme de l'ordre judiciaire ; il a consigné ses vues et ses desseins dans un traité où il se dédommage en théoricien original et indépendant de tout ce qu'il n'a pu faire comme praticien et comme ministre, et sous sa plume ses théories deviennent plus audacieuses à mesure qu'il les sent plus impraticables. Cependant, esprit positif, il chercha par son ordonnance d'Orléans à remédier aux abus autant qu'il pouvait. On sait l'édit des Secondes noces, l'édit politique de Romorantin, enfin l'ordonnance de Moulins, qu'on pourrait appeler le code civil du seizième

siècle. Il rendit aussi des lois somptuaires, qui sans doute aujourd'hui font sourire les économistes, mais qui achèvent de montrer L'Hôpital comme un homme de mœurs et de pensées antiques. Voilà ce qu'il fit; mais il est encore plus grand par ce qu'il voulut et ne put faire. Pendant sa laborieuse administration, il fut toujours tourmenté du désir de réunir et de calmer les partis qui déchiraient la France, le parti de la réforme et le parti catholique. Dans ce siècle de fanatisme et d'irréconciliable haine, L'Hôpital concevait la liberté de conscience, le droit qu'a tout homme de professer ce qu'il sent et ce qu'il pense, et il était interdit à L'Hôpital de proclamer les principes qu'il voyait d'un esprit lucide et nourrissait d'une âme fervente. Dans le conseil du roi, il lui faut dissimuler sa pensée; il parle à Catherine de Médicis, devant Charles IX et le cardinal de Lorraine, puis il mécontente à la fois, par son impartialité précoce de deux siècles, catholiques et protestants. Oh! que d'amertume et de douleur durent peser sur cette grande âme; mais n'importe, il ne déserte pas son poste, il s'en laisse exiler, et s'en va dans son petit enclos de Vignay se préparer à mourir, catholique tolérant, dans la foi de ses pères.

Pendant que L'Hôpital essayait de pratiquer aux affaires le dogme de la liberté, un homme

de sens et de cœur écrivait ces lignes où commence à poindre la vraie philosophie du droit qui s'appuie sur la raison et la liberté.

« Cela est, comme je crois, hors de nostre « doubte, que, si nous vivions avecques les droits « que nature nous a donnez et les enseignements « qu'elle nous apprend, nous serions naturelle-« ment obéissants aux parents, subjects à la rai-« son, et serfs de personne. De l'obéissance que « chascun, sans aultre advertissement que de son « naturel, porte à ses père et mère, tous les hom-« mes en sont témoings, chascun en soi et pour « soi. De la raison, si elle naist avecques nous, « ou non, qui est une question débattue au fond « par les académiques et touchée par toute l'es-« chole des philosophes, pour cette heure, je ne « penserois point faillir en croyant qu'il y a en « nostre ame quelque naturelle semence de rai-« son, qui, entretenue par bon conseil et cous-« tume, fleurit en vertu, et au contraire, souvent « ne pouvant durer contre les vices survenus, « étouffée, s'avorte. Mais, certes, s'il y a rien de « clair et d'apparent en la nature, et en quoy il « ne soit pas permis de faire l'aveugle, c'est cela « que nature, le ministre de Dieu, et la gouver-« nante des hommes, nous a tous faicts de même « forme, et, comme il semble, à mesme moule, « à fin de nous entrecognoistre tous pour com-

« paignons, ou plus-tost frères; et si, faisant les
« partages des présents qu'elle nous donnoit, elle
« a fait quelques advantages de son bien, soit au
« corps ou à l'esprit, aux uns plus qu'aux aultres;
« si n'a elle pourtant entendu nous mettre en ce
« monde comme dans un camp clos, et n'a pas
« envoyé ici-bas les plus forts et les plus advisez,
« comme des brigands armés dans une forest,
« pour y gourmander les plus foibles; mais plus-
« tost faut-il croire que, faisant ainsi aux uns les
« parts plus grandes et aux aultres plus petites,
« elle vouloit faire place à la fraternelle affection,
« à fin qu'elle eust où s'employer, ayants les uns
« puissance de donner aide, et les aultres besoing
« d'en recevoir: puis doncques que cette bonne
« mère nous a donné à touts toute la terre pour
« demeure, nous a touts logés aulcunement en
« une mesme maison, nous a touts figurés en
« mesme paste, à fin que chascun se peust mirer
« et quasi recognoistre l'un dans l'autre; si elle
« nous a touts en commun donné ce grand pré-
« sent de la voix et de la parole, pour nous ac-
« cointer et fraterniser dadvantage, et faire, par
« la commune et mutuelle déclaration de nos
« pensées, une communion de nos volontés; et si
« elle a tasché par touts moyens de serrer et es-
« treindre plus fort le nœud de nostre alliance et
« société; si elle a montré, en toutes choses,

« qu'elle ne vouloit tant nous faire touts unis,
« que touts uns, il ne faut pas faire doubte que
« nous ne soyons touts naturellement libres,
« puisque nous sommes touts compaignons; et
« ne peult tomber en l'entendement de personne
« que nature ayt mis aulcuns en servitude, nous
« ayant touts unis en compaignie. »

Ainsi écrivait *dans la servitude volontaire ou le contr'un* Estienne de la Boëtie, qu'ont immortalisé l'amitié et les regrets de Montaigne.

Mais ce n'était là qu'un élan d'âme et une saillie de bon sens; il fallait à la philosophie du droit une expression scientifique. Bodin, avocat au parlement de Toulouse, la lui donna; il fut l'esprit général du seizième siècle en politique, en histoire et en législation; il écrivit une méthode pour étudier l'histoire, un traité de la république, des tables de jurisprudence universelle. Au milieu de tous ces jurisconsultes qui travaillaient chacun dans un sillon de la science et s'y enfonçaient, Bodin a la prétention et la force de s'élever au spectacle général des choses, de généraliser et de conclure. Un tel homme veut être considéré de près.

Voilà quel est en raccourci, dans l'histoire de la jurisprudence, le seizième siècle, siècle de géants, âge d'érudition merveilleuse. Et cependant ces hommes vivaient comme nous au milieu

d'orages, de factions et de malheurs qui venaient traverser leur vie et déconcerter leurs études; eux aussi s'occupaient des affaires du jour et de la France. Comment donc ces hommes antiques portaient-ils à la fois le poids de la science et de la journée? Où donc est le secret de cette vigueur inépuisable, de ces travaux, de ces monuments, éternelle dérision de nos débiles efforts et de notre orgueilleuse faiblesse? C'est surtout la jurisprudence qui s'enrichit des labeurs du seizième siècle, et le caractérise; elle succédait à l'éclat de la théologie catholique, et précédait l'avénement et le règne de la philosophie au dix-septième siècle.

CHAPITRE VI.

BODIN. — DE REPUBLICA LIBRI SEX. — JURIS UNIVERSI DISTRIBUTIO.

Le seizième siècle, avec ses guerres politiques et religieuses, ses fureurs civiles, ses vastes factions, avec la monarchie française ébranlée, avec l'esprit novateur qui paraissait à la fois sur le champ de bataille, dans le cabinet des savants et dans les colloques des théologiens, devait provoquer le développement original et moderne d'une science qui avait presque toujours sommeillé depuis l'antiquité, de la science politique. Il y avait eu trop de guerres et de batailles, trop d'intérêts et de passions s'étaient émus, trop de principes et de droits s'étaient montrés pour se faire reconnaître, pour que tant de faits éclatants et de choses qui parlaient elles-mêmes, la réflexion ne voulût tirer des enseignements et des conséquences.

L'Italie venait d'avoir son Machiavel; elle l'avait acheté au prix de ses dissensions civiles et de son sang répandu dans des guerres domestiques. Machiavel, qui parut à la fin du quinzième siècle, et mourut lors de l'avénement de Luther, dont il

ne comprit pas l'ouvrage et la révolution, créa la philosophie politique de l'histoire. Dans son *Prince*, il fait, d'un style calme et avec un sang-froid comique, une théorie profonde et une amère dérision de la tyrannie. Dans les *Discours sur Tite-Live*, il étudie l'histoire de Rome et de l'antiquité, pour en tirer, comme il le déclare, des leçons politiques; enfin, dans son *Histoire de Florence*, il raconte en observateur consommé les instructives annales de son orageuse et brillante patrie. Ainsi chez Machiavel tout est italien. De temps à autres, il peut porter ses regards sur l'Europe; mais ce qui le préoccupe presque toujours, c'est l'Italie ancienne et moderne, *domestica facta*. Et puis jamais de jugements philosophiques, d'idées absolues; Machiavel n'étudie l'histoire que pour en profiter en secrétaire d'état. Les hommes ne sont pour lui bons ni mauvais, mais habiles ou ignorants; il les observe, juge des coups, et rédige le succès en principe.

Mais le seizième siècle, où tout éclatait pour se développer, religion, politique, jurisprudence, littérature, philosophie; où le monde moderne s'agitait en tout sens avec les vives saillies d'un enfant vigoureux, mettant la main partout, devait avoir une autre philosophie politique. Certes Bodin n'a pas le génie de style et de pensée du Florentin; mais nécessairement son plan sera plus

vaste, son point de départ plus haut placé, sa pensée plus philosophique, son inspection de l'histoire plus étendue. Bodin[1] était avocat et jurisconsulte. Quant à sa vie, nous dirons seulement qu'après avoir complu quelques temps à Henri III, il s'attacha au duc d'Alençon; que la mort de son protecteur coupa court à son avancement de fortune; qu'il fut tour à tour le partisan et l'adversaire d'Henri III, et qu'il se conduisit bien aux états de Blois, en homme ferme et en Français loyal. Son esprit était vaste mais confus, libre et superstitieux à la fois; croyait tout ensemble à la liberté de l'homme, à la vertu des nombres et à la puissance des astres. Protestant dans le cœur, mort catholique, Bodin alliait à une intelligence vive et saine de l'histoire une espèce de poésie vague et mystérieuse, une sorte de panthéisme mystique et rêveur; et ce concert discordant et bizarre d'éléments, qui d'ordinaire se combattent et se fuient, produisit un esprit dont les proportions sont grandes, mais étranges, et dont la physionomie est originale, mais sans harmonie et sans beauté.

Énumérons ses principaux ouvrages : il se mêlait de physique. Après sa démonomanie, il écrivit *universæ naturæ theatrum*, ouvrage animé d'un

[1] Jean Bodin d'Angers, né en 1530, mort en 1590. Voyez sa vie dans Bayle.

panthéisme secret, puis un traité toujours resté dans l'ombre, jamais imprimé, *colloquium heptalomeron de abditis rerum sublimium arcanis*, que Huet, dans sa *Démonstration évangélique*, qualifie d'abominable [1], que Grotius ne voulut pas réfuter, et qui toujours inconnu, a fait à son auteur une méchante réputation. Il fut heureux dans sa *Methodus ad facilem historiarum cognitionem*, où, au milieu d'une érudition indigeste, mais toujours curieuse, surnagent çà et là quelques grandes pensées; ouvrage que d'Aguesseau conseillait à son fils de lire : nous l'avons parcouru. Mais sa république et son système de droit appartiennent à notre sujet.

Quel est le caractère de la république de Bodin? Est-ce un résultat de l'étude et de l'expérience de l'histoire, ou bien est-ce un plan idéal de république conçu *a priori*.

Quand l'homme tourne ses regards et sa pensée sur le monde de l'histoire, ou bien il s'attache à observer, puis à conclure, comme Machiavel et Montesquieu, ou bien il pose des lois dont les événements extérieurs sont à ses yeux d'inévitables et dociles conséquences; ainsi ont fait Vico et Hegel. Mais même en prenant ce dernier parti, l'homme est soumis à l'influence du spectacle

[1] Voyez Bayle.

qu'il contemple; en vain veut-il s'en séparer et s'en affranchir pour le dominer et le mieux expliquer : toujours il en sent la puissance, et il doit aux choses elles-mêmes une partie de son fier dogmatisme et de son fatalisme philosophique. Partagé entre les lois internes de son esprit et les influences extérieures du monde, l'homme est soumis à tout instant à cette double action; il pourra préférer l'une, se passionner pour l'autre, mais toujours il sera le sujet de toutes deux. Bodin arrive au spectacle des choses avec le dessein de soumettre les faits à des lois; il annonce que dans l'infinie variété des opinions humaines il cherchera non pas tant ce qui a été dit et pensé, que ce qu'il fallait dire et penser : « Exactissimis ra« tionum ponderibus ac momentis quærendum « putavimus, non quid quisque dixerit aut sen« serit, quantæque auctoritatis fuerit; sed quid « rationi convenienter posset et sententiæ suæ di« cere [1]. » Puis, en établissant la théorie de l'origine des sociétés, il déclare qu'il y persiste, quand même les faits iraient à l'encontre : « Eo nos ipsa « ratio deducit, imperia scilicet ac respublicas vi « primum coaluisse, *etiam si ab historia desera« mur* [2]. » Il procède par des définitions qu'il érige en axiomes et qu'il pose à la tête de chaque cha-

---

[1] Præfatio.

[2] Lib. 1, ch. 6, quid civis et quantum cives à civibus, etc.

pitre; il proclame avec l'école platonicienne qu'il n'y a pas de science des choses particulières, et que la science n'est que dans l'universalité : « At « cum singula, quæ sunt infinita, contemplare- « mur, plurima nobis omittenda fuerunt, ut uni- « versa (id quod artium tradendarum proprium « est) complecteremur. Jam enim pridem adoles- « cens contritum illud a philosophis acceperam, « nullam rerum singularum scientiam haberi [1]. » Ainsi Bodin veut dogmatiser, généraliser, élever les idées à leur plus haute puissance, et construire *a priori* une politique idéale. Mais, au début de la science, celui qui le premier se jetait en avant pouvait-il rester constamment fidèle à un plan doublement difficile par la nature des choses et la date de l'entreprise? Non, et Bodin, sans le savoir, s'en réfère presque toujours aux faits et à l'érudition. Ces principes, qu'il nous donne comme conçus d'après la nature des choses et les lois de son esprit, il les a puisés dans l'histoire de la Grèce et de Rome, dans Aristote, Tite-Live, Hérodote et Tacite; par une confusion que Grotius devait reproduire plus tard, il mêle continuellement par son inexpérience philosophique la méthode d'observation et la méthode *a priori* [2],

---

[1] Præfatio.

[2] Il lui arrive même de protester contre ce qu'il fait à son insu, tant il est peu maître de ses desseins et de ses vues! « Nec tamen

la théorie et l'érudition ; comme Grotius, il réunit sous une physionomie incertaine, mais grande, le jurisconsulte, l'homme d'état et le philosophe ; et le jurisconsulte et l'homme d'état oppriment souvent le philosophe. Au reste, il eut de l'empire sur son temps et son siècle : créateur de la science politique, il fut jusqu'à Grotius le manuel des penseurs. Dans un voyage en Angleterre, il trouva son livre enseigné à Cambridge [1], mais assez mal compris ; ce qui le détermina à traduire lui-même en latin sa république ; il enrichit d'additions nombreuses sa traduction dans laquelle il faut le lire. Le style français de ce contemporain de Montaigne n'a rien d'aimable et d'attrayant, tandis que sa plume latine est parfois brillante, toujours vigoureuse et précise.

Bodin définit ainsi l'état : « Respublica est fa« miliarum rerumque inter ipsas communium « summa potestate, ac ratione moderata multi« tudo [2]. » Pouvoir et raison, voilà les deux ciments de l'état qui se compose d'une agrégation de familles et de choses mises en commun. Le

---

« rempublicam idealem sola notione terminare decrevimus, qua« lem Plato, qualem etiam Thomas Maurus inani opinione sibi « finxerunt, sed optimas quasque civitatum florentissimarum leges, « quantum quidem fieri poterit, proxime consequemur. » Cap. 1.

[1] Était-ce en des cours publics ou particuliers ? Voyez Bayle.

[2] Cap. 1, Quis optimus sit reipublicæ finis ?

bonheur de l'état, comme celui de l'homme et du citoyen, se fonde sur la vertu, la connaissance des choses naturelles et humaines, et la contemplation des vérités divines. Ici se lit une longue comparaison de l'homme et de l'état, qui porte l'empreinte d'une imagination religieuse. Bodin reprend sa définition pour la démembrer et l'expliquer. Qu'est-ce que la famille? « Familia est « plurium sub unius ac ejusdem patrisfamilias « imperium subditorum, earumque rerum quæ « ipsius propriæ sunt, recta moderatio [1]. » La famille est le germe de l'état. « Ipsa seminarium est « ac veluti rudimentum rerum omnium publica- « rum [2], » opinion souvent reproduite. Heureuse et bien ordonnée, elle amène dans l'état l'ordre et le bonheur; elle s'appuie sur le respect et la stabilité du *mien* et du *tien*, car il ne faut point parler de communauté de biens et de personnes; elle est enfin parallèle à l'état : « Quemadmodum « respublica est legitima plurium familiarum, et « rerum inter se communium cum summa potes- « tate gubernatio, sic familia est plurium sub « unius ac ejusdem patrisfamiliæ imperio subdi- « torum et earum rerum, quæ ipsius propriæ

[1] Lib. 1, cap. 2, De jure familiari, et quid inter familiam ac rempublicam intersit. — Nous verrons que Vico trouve incomplète cette définition de la famille.

[2] Ibidem.

« sunt, recta gubernatio[1]. » Alors Bodin examine le pouvoir du mari sur la femme, les devoirs mutuels des époux, et la puissance paternelle, idées simples, notions de bon sens, soutenues par une érudition qu'aujourd'hui nous jugeons inutile. Après la puissance paternelle vient le pouvoir du maître sur les esclaves et les serviteurs. Que penser de l'esclavage domestique? « Sed « quantum ad servos attinet, duæ quæstiones ad « civilem scientiam latissime patentes, explicandæ « nobis sunt. Una quidem an servitus naturalis « sit et utilis reipublicæ futura; altera, quæ qua- « lisque esse debeat dominorum in servos po- « testas[2]. » Ici Bodin, après avoir rapporté les opinions des anciens et les sophismes des jurisconsultes romains sur l'esclavage, déclare qu'il n'en est pas touché, et s'écrie avec une chaleureuse indignation : « Quare non est, quod naturæ « leges ex hominum opinione metiamur, ac prop- « terea servitutem naturæ consentaneam esse pu- « temus, aut benignitati tribuamus, quod veteres « servarunt eos quos occidere jure belli fas erat; « cum potius bestiarum in modum avaritiæ ac « libidini suæ cogerent inservire. Quis enim hosti

[1] Lib. 1, cap. 2, De jure familiari, etc.

[2] Lib. 1, cap. 5, De imperio herili, et an servitia ferenda sint in republica bene constituta.

« vitam servaret si plus utilitatis ex illius cæde
« quam ex salute speraret? Exemplis abundamus,
« sed unum de multis. Cum Vespasianus Hieroso-
« lymam obsideret, miles romanus aurum in
« Judæi cæsi visceribus effusis collegerat; eodem
« momento cæsa sunt captivorum viginti millia,
« ut aurum, quod sorbere putabantur, a militibus
« investigaretur. O præclarum caritatis adversus
« captivos exemplum! At nutriuntur, inquies,
« vestiuntur, pro servilibus officiis educantur; sed
« quæ tandem educatio? Cato major sapientiæ ac
« virtutis romanæ princeps, cum omnia commoda,
« omnes utilitates ac fructus qui a servis præs-
« tari poterant, ad extremam usque senectam
« percepisset, ut nihil amplius extorquere posset,
« pluris licitantibus proscribebat, ut sanguinis
« extremum illud pretium, quantumcumque es-
« set, corraderet; ne jam ætate defectos gratis
« alere, aut occidere, aut liberos dimittere coge-
« retur [1]. Après avoir repoussé l'esclavage domes-
tique dans son principe et dans ses excès, Bodin
arrive à la définition du citoyen.

Qu'est-ce que le citoyen dans l'état? C'est un
homme libre soumis au pouvoir souverain. « Est
« autem civis nihil aliud quam liber homo qui

---

[1] Liq. I, cap. 5, De imperio herili, etc.

« summæ alterius potestati obligatur[1]. » Mais arrêtons ici Bodin pour lui demander comment il a passé de la famille à l'état, voici comment : « Prius « enim quam ulla civitas aut reipublicæ forma ex- « taret, pater quisque familiæ summum jus vitæ « ac necis habuit in liberos et uxores. Postea vero « quum vis et imperandi cupiditas, tum etiam « avaritia et ultionis appetitus aliis in alios arma « suppeditavit, quos bellorum exitus victores fe- « cerat, victos potentiorum libidini servire co- « gebat; et qui ducem se ferens fortiter rem ges- « serat, non modo familiæ suæ, sed etiam hostibus « æque ac sociis imperabat; his quidem ut amicis, « illis autem ut servis. Tunc plena illa et a natura « cuique tributa libertas vivendi ut vellet, victis « omnino adempta fuit, ut ispsis quoque victo- « ribus ab eo quem sibi ducem elegerant quodam « modo deminuta; propterea quod summum al- « terius imperium agnoscere quemque privatim « oporteret. Inde prima servitutis ac subditorum, « inde civium ac peregrinorum, principis ac tyranni « origo; eo nos ipsa ratio deducit, imperia scili- « cet ac respublicas vi primum coaluisse, *etiam « si ab historia deseramur;* quamquam pleni sunt « libri, plena antiquitas, plenæ leges, primum « illud hominum genus nihil prius habuisse quam

---

[1] Lib. 1, cap. 6, Quid civis, etc.

« obvios quosque spoliare, diripere, occidere,
« aut in servitutem adigere, ut alibi dicemus;
« testis est historia sacra, etc.[1] » Voilà l'origine de l'état, c'est la force. Nous verrons que Vico a mieux mis en lumière comment la violence a pu amener le passage de la famille à l'état, et comment la force a été plutôt l'occasion que l'origine de la cité.

La cité posée, Bodin, après avoir traité du patronage et de la clientèle, après avoir montré comment l'allié diffère de l'étranger, le citoyen de l'allié, et le client de l'un et de l'autre, arrive au pouvoir souverain, *majestas*, qu'il définit ainsi: *Majestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas*[2]. On le voit, Bodin au seizième siècle ne songe pas à scruter la légitimité philosophique du pouvoir souverain, comme l'ont fait plus tard Jurieu, Bossuet et Jean-Jacques; il prend simplement les résultats de l'histoire. Le pouvoir souverain est perpétuel et sans bornes, *nec majore potestate, nec legibus ullis, nec tempore definitur*[3]. Mais le prince est obligé par les lois divines et naturelles. Est-il obligé par les lois qu'il a jurées lui-même? « Distinctione res opus habet: si prin-
« ceps seipsum sibi jurejurando adegerit, obli-

---

[1] Lib. 1, cap. 6, Quid civis, etc.

[2] Cap. 8, De jure majestatis.

[3] Ibidem.

« gatio jurisjurandi propter ea quæ diximus con-
« sistere non potest, cum ne privatos quidem
« teneat jusjurandum mutua inter ipsos obliga-
« tione contractum; si ejusmodi sunt pacta con-
« venta a quibus discedere lex ipsa patiatur, etiam
« si pacta honestati consentanea sint. At si prin-
« ceps alteri principi jurejurando leges a se vel a
« majoribus latas non violaturum se promiserit,
« obligatus tenetur, si quid alterius principis in-
« terest; si nihil est, quod alterius principis in-
« tersit, ne ipse quidem qui juravit, obligatur[1]. »
Bodin résume ainsi sa doctrine sur ce point :
« Hoc igitur teneamus : Principi leges a se latas
« sua voluntate, ac sine subditorum consensu,
« abrogare, vel quadam ex parte legibus dero-
« gare, vel subrogare, vel abrogare licere, ac
« semper licuisse, si æquitas ipsa id postulare vi-
« deatur; derogatio vero, vel subrogatio, vel
« etiam abrogatio, non obscura, aut ambigua, sed
« singulari verborum conceptione fieri debet[2]. »
Le pouvoir souverain est l'image de Dieu[3]; il fait les lois, institue les puissances et les magistratures; fait la paix et la guerre; juge sans appel, fait grâce, bat monnaie, et soutient incessamment l'état par son bras et son conseil.

---

[1] Cap. 8, De jure majestatis.
[2] Ibidem.
[3] Lib. 1, cap. 10, Quæ propria sint jura majestatis.

Le second livre de sa république s'ouvre par la division des différentes espèces de gouvernement; ils se réduisent à trois, la monarchie, l'aristocratie et la démocratie; tous les autres se rapportent à ces trois types fondamentaux. Polybe énumérait sept espèces de gouvernement, Denys d'Halicarnasse et Cicéron l'ont imité; mais les autres gouvernements ne peuvent être formés que de la nature et de la substance des trois premiers; ils seront plus ou moins populaires, aristocratiques ou monarchiques, et se rapporteront toujours aux trois premières divisions tracées, puisqu'ils ne tireront leur force que de leur analogie avec un de ces trois principaux gouvernements. Et si l'on se figure un quatrième gouvernement formé de la réunion des éléments des trois premiers, il pourra bien avoir quelque temps une nature à lui, mais toujours il finira par converger à l'état populaire : rien de plus remarquable que ces paroles de Bodin qui s'appliquent à notre gouvernement représentatif. « Ac si quidem « ex tribus generibus modice temperatis quartum « exsurgere possit, vim quamdam natura diversam « a reliquis habiturum est, ut in consentu *harmo-* « *nica* quæ dicitur *proportio*, ex arithmeticis ac « geometricis rationibus arte confusis existit, ab « utrisque tamen vehementer discrepans; ut cor- « pora quæ ex dissimilibus ac dissidentibus na-

« turis coalescunt, si misceantur simul, tertium « quiddam ab utrisque omnino diversum effi-« ciunt. At illud quod ex tribus reipublicæ gene-« ribus conflatur, nihil omnino differt a populari « statu; nam si tres civitates, quarum una à rege, « secunda ab optimatibus, tertia a populo rega-« tur, in unam et eamdem coeunt reipublicæ for-« mam, simulque summa potestas ac imperium « omnibus communicetur, quis dubitet quin status « ille sit popularis omnino futurus? Nisi vicissim « imperium regi, deinde optimatibus, postea po-« pulo tribuatur, etc.[1] » Les trois divisions principales posées, Bodin entre dans des subdivisions. Le gouvernement monarchique se subdivise en monarchie royale, pouvoir absolu et tyrannie[2]. Le pouvoir absolu, qui fut le premier en date des gouvernements, donne à celui qui en est le dépositaire la disposition absolue des biens et de la vie de ses sujets; mais il est accepté par eux et se distingue ainsi de la tyrannie. C'est la domination du grand seigneur et des princes de l'Orient. De là Bodin passe à la monarchie royale, dont il parle avec amour, en Français du seizième siècle, qui a les yeux fixés sur la France et sa glorieuse monarchie : dans cette monarchie royale les sujets sont libres, propriétaires de leurs

[1] Lib. 2, cap. 1, Quis qualisque sit reipublicæ status.

[2] Lib. 2, cap. 2, De unius dominatu.

biens[1], et quand rien ne trouble et n'altère les rapports des sujets et du souverain, le peuple et le roi ont des jours heureux. « Regia potestate « sic constituta, ut subditi quidem principis le- « gibus, princeps autem legi naturæ pareat, lex « utrinque domina, vel, ut Pindarus ait, *regna « utrisque imperans*, subditos inter se, et cum « principe, iisdem vinculis copulabit, ex eoque « suavissimus concentus existet, qui voluptate ac « felicitate incredibili utrosque beare possit[2]. » La tyrannie est la domination d'un homme qui s'élève au-dessus des lois divines et humaines, et abuse à sa fantaisie de la propriété et de la vie d'autrui[3]. Ici citations nombreuses tirées de l'antiquité; parallèle du roi et du tyran. Mais est-il permis de tuer les tyrans? C'est un cas de conscience politique. D'abord il est toujours permis de tuer celui qui a usurpé le pouvoir sur le roi légitime, et celui qui, à l'égard d'état démocratique ou aristocratique, au lieu d'allié se fait tyran[4]. La question devient plus difficile pour le chef qui n'a pas usurpé le pouvoir, qui y est parvenu par le suffrage et le vœu de l'aristocratie, en fait un indigne usage, et dénature l'état. Cependant Bodin

---

[1] Lib. 2, cap. 3, De monarchia regali.
[2] Ibidem.
[3] Lib. 2, cap. 4, De tyrannicide.
[4] Lib. 2, cap. 5, An liceat manus inferre tyranno, etc.

se décide pour l'affirmative. Mais dans une monarchie royale le régicide est toujours le plus horrible des crimes, rien ne saurait l'excuser. « Nec singulis civibus, nec universis, fas est « summi principis vitam, famam, aut fortunas in « discrimen vocare; seu vi, seu judicio constituto « id fiat; etiamsi omni scelerum ac flagitiorum « quæ in tyrannos convenire ante diximus turpi- « tudine infamis esset[1]. » On peut même punir la pensée du régicide : témoin ce gentilhomme, sous François Ier, qui, pour avoir confessé à un franciscain la pensée qu'il avait eue de tuer le roi, fut, sur la dénonciation du frère, condamné à mort par le parlement de Paris. Quant à ceux qui approuvent le régicide, ce n'est pas par des arguments, mais par des supplices qu'il faut leur répondre, ainsi qu'à ceux qui doutent de l'existence de Dieu. « Quæ cum divinis et humanis legibus « perspicua sint, argumenta contraria refellere, « hominis est et litteris abutentis et otio. Quem- « admodum igitur eos qui an Deus sit necne « dubitant, non argumentis sed pœnis acerbis- « simis refellere oportet; ita quoque statuendum « est in eos qui perniciosissimis scriptis subditos « in principes armare consueverunt[2]. » Bodin passe à l'aristocratie, qu'il définit ainsi : « Aristo-

[1] Lib. 2, cap. 5, An liceat manus inferre tyranno, etc.
[2] Ibidem.

« cratia reipublicæ forma quædam est in qua mi-
« nor pars civium in universos et singulos cives
« summæ potestatis jus habet[1]. » Et l'aristocratie peut tourner ou au pouvoir absolu, ou à l'oligarchie. Ici Bodin examine les différents gouvernements aristocratiques, Gênes, les cantons suisses, Genève, Rhaguse, Luc et Venise. Il parle de cette dernière république en maints endroits de son livre, et n'a pas été sur ce point inutile à Montesquieu. Qu'est-ce que l'état populaire? « Respublica popularis est, in qua cives universi « aut maxima pars civium, cæteris omnibus « non tantum singulatim, sed etiam simul coa- « cervatis et collectis imperandi jus habent[2]. » Nombreuses disquisitions historiques sur la manière dont se donnent les suffrages dans les différentes démocraties. « Hæc popularium civitatum « exempla proposuimus ut popularium rerum pu- « blicarum vis et natura melius intelligeretur. *Est « igitur respublica popularis in qua populi pars « maxima, seu viritim, seu centuriatim, seu tribu- « tim, seu curiatim, suffragia ferantur, jura ma- « jestatis habet*[3]. »

Je serai très court sur le troisième livre. Bodin entre dans des détails qui appartiennent à tout

---

[1] Lib. 2, cap. 6, De aristocratia.
[2] Lib. 2, cap. 7, De populari statu.
[3] Ibidem.

gouvernement. Il traite du sénat, de son utilité, de sa composition. Le sénat ne doit pas avoir le pouvoir exécutif. Éloge de la justice, qui concourt presque toujours avec l'utilité. Puis il disserte sur les officiers, les curateurs, les magistrats, de l'obéissance du magistrat au souverain, de la puissance des magistrats sur les particuliers, des rapports des magistrats les uns avec les autres, des corps, colléges et corporations, des différents ordres de citoyens.

Au quatrième livre reviennent des matières plus générales. L'auteur examine comment les états commencent, s'élèvent, s'affermissent, changent, déclinent et tombent. Puis il se demande si l'esprit ne peut prévoir les révolutions des empires. C'est ici qu'il faut saisir ce mélange de philosophie et de superstition, de mysticisme et de liberté qui distingue Bodin. Il a vu que dans le monde de l'histoire il y avait des causes nécessaires. « Quo-
« niam theologorum ac philosophorum omnium
« decretis constant, res humanas nec præcipiti
« casu, nec fortunæ temeritate ferri, consequens
« est rerum publicarum interitus et conversiones
« a Deo, vel a natura, vel ab hominum arbitrio
« ac voluntate pendere : id est a divina potestate,
« nullis interjectis causis, aut ab ipsa naturalium
« causarum et effectionum serie ac consecutione
« sic apta, et ab immortali Deo colligata, ut prima

« extremis, media utriusque, omnia omnibus in-
« violabili nexu cohæreant; quam Plato ex Homeri
« sententia catenam auream, id est στεῖραν χρύσην,
« Zeno fatum, cæteri stoici *pronæam;* Augustus,
« Panætium opinor, et Senecam secutus Deum
« appellavit[1]. » Mais l'homme est libre, sans doute, et sa volonté est tellement infinie dans ses actes et dans ses caprices qu'il n'y a point de règles certaines à établir sur elle. D'un autre côté les conseils de Dieu sont profonds et impénétrables. Il ne reste donc plus à interroger que la nature :
« Restat naturæ vis, quæ nec penitus obscura est,
« et constanti quodam causarum ac effectionum
« tenore moderata cursum tenet[2]. » Ici Bodin se débat avec sa raison contre des croyances qui sentent la cabale et contre de poétiques superstitions. Il se demande si l'astrologie peut prévoir les destinées des hommes et des états, si ces destinées dépendent du cours des astres, de leurs révolutions et de leur harmonie.

> Aurait-il imprimé sur le front des étoiles
> Ce que la nuit des temps enferme dans son sein[3]?

Plusieurs l'ont pensé, dit Bodin, mais la chose

---

[1] Lib. 4, cap. 2, An rerum publicarum conversiones prospici possint?

[2] Ibidem.

[3] La Fontaine, *l'Astrologue.*

est difficile. *Sed res ipsa difficultatem habet infinitam.* Alors il cherche à s'orienter au milieu des opinions infinies qu'ont enfantées la spéculation et les rêveries de l'homme sur les astres et les nombres; il les examine, en rejette beaucoup, cependant ne peut s'empêcher d'en retenir quelque chose, et finit par conclure que les révolutions politiques peuvent se prévoir, tant d'après les causes humaines que d'après quelques principes sains de l'astrologie et de la science des nombres. « Non tamen dubito quin præcepta « quædam de rerum publicarum conversionibus « et obitu certiora tradi possint, si quis modo « retroacti temporis inde usque ab orbe condito « certam rationem ineat; et alia cum aliis com- « parans, alia ex aliis nectens provehatur altius, « ac historicorum inter se dissidentium varieta- « tem componat; tum etiam ex omnibus solis ac « lunæ deliquiis ad ultima conditi orbis initia re- « currens, demonstrationibus certissimis universi « temporis rationem complectatur; verissimo- « rumque scriptorum narrationes inter se, et cum « cœlestium corporum siderumque trajectionibus « et conjugationibus comparet; eaque cum nu- « meris, quorum in universa natura maxima vis « est, annectat et conjungat, quæ infinitis obscu- « ritatibus involuta, et in intimis naturæ reces- « sibus abdita ac retrusa, non inanibus conjec-

« turis, sed perspicuis argumentis venient de-
« monstranda [1]. »

Et plus loin : « His igitur propositis exemplis,
« licet rerum publicarum ortus et occasus conjec-
« tura quadam consequi, ac rerum antecedentium
« causas, siderumque varios concursus ac trajec-
« tiones intuentem eo usque progredi quo rerum
« earum disciplina ferre potest : nihil de rebus ab
« immortali Deo procul ab hominum sensu re-
« motius aut temere affirmantem, aut leviter
« assentientem [2]. » Ainsi Bodin entrevoyait la phi-
losophie de l'histoire quand il pensait que le
spectacle et l'étude du passé pouvaient enseigner
l'avenir : voilà sa force; mais quelle n'est pas sa
misère quand il appelle à son secours les divina-
tions des nombres et de l'astrologie! Après cette
excursion, il recommande au législateur de ne
pas abroger brusquement les lois, et de respecter
l'antiquité des mœurs et des institutions. Il exa-
mine s'il est meilleur d'avoir des magistrats ina-
movibles ou des magistratures mobiles et an-
nuelles, s'il est bon que les différents magistrats
soient unis entre eux, si l'on peut tirer quelque
parti de leurs divisions, s'il est de la majesté du
prince de juger lui-même, et il décide que non;

---

[1] Lib. 4, cap. 2, An rerum publicarum conversiones prospici possint?

[2] Ibidem.

si le prince doit prendre le commandement des armées et combattre ses sujets dans une guerre civile. A coup sûr il songeait à Henri III en traitant cette matière et en écrivant cette phrase : « Quod si factio principem aut rempublicam opprimere tentabit, minime dubitandum est an « princeps se adversarium ac hostem ferre debeat « seditiosorum qui se principis ac reipublicæ ad« versarios omnium maximos profitentur; alioqui « si cum de statu ac fortunis reipublicæ aut etiam « de principis capite agitur, ipse otiosum specta« torem se præbeat, non modo audacissimos, sed « etiam ignavissimos quoque ad se opprimen« dum invitabit[1]. » Mais il ne faut pas que dans de médiocres séditions la majesté du prince intervienne; elle doit se réserver pour les grandes affaires.

Nous abordons le cinquième livre, et une grave question destinée à émouvoir et partager longtemps encore les esprits, la question du climat. Parmi les modernes, Bodin le premier l'a traitée avec des développements vraiment scientifiques. Mais d'abord, qu'est-ce que la question du climat? Elle embrasse l'homme et la nature. L'homme, animal de raison et de liberté, a l'univers pour théâtre de cette liberté et de cette raison; mais ce

---

[1] Lib. 4, cap. 7, An princeps in bellis civilibus, etc.

théâtre n'est pas immobile, n'est pas une matière morte : il se trouve au contraire que c'est un être vivant ; qu'il palpite sous les pas de l'acteur qui s'y déploie, qu'il réagit contre son action, et qu'il exerce sur lui une influence continuelle et mystérieuse. L'homme et la nature ! quelle opposition ! quel antagonisme ! Qu'est-ce donc que l'homme ? qu'est-ce donc que la nature ? Il ne faudra rien moins que répondre à ces deux questions pour résoudre le problème de l'influence du climat, qui renferme à la fois la psycologie, la physique, l'histoire et la littérature. Le premier penseur qui ait abordé la question avec un bon sens qui n'a pas encore été surpassé, et cependant les concurrents ont eu le temps de se produire, c'est Hippocrate. Médecin avant tout, il n'a écrit son ouvrage *des Eaux, des Airs et des Lieux*, titre qui, suivant l'ingénieuse remarque de Cabanis, est à lui seul la meilleure définition du climat, il n'a écrit son ouvrage que pour le médecin, et ne prétendait nullement rattacher ses observations à des principes de législation et de politique. Cependant on s'aperçoit à quelques fragments de son traité qu'il était contemporain de Socrate et de Platon, et qu'il avait eu pour maître de style et d'éloquence Gorgias le Léontin. « Je veux, dit Hippocrate, quand il arrive à « traiter de l'influence des lieux, je veux montrer

« combien l'Europe et l'Asie diffèrent entre elles,
« et combien sont variées les formes physiques
« de leurs peuples. Raconter toutes les différences
« sur tous les objets serait infini; il me suffira de
« toucher les dissemblances les plus importantes.
« L'Asie diffère surtout de l'Europe sous le rap-
« port des productions de la terre et des hommes:
« là le climat est plus doux, les sociétés d'hommes
« ont des mœurs plus douces et qui favorisent le
« travail des facultés intellectuelles. » On recon-
naît là le germe des opinions sur les influences
externes qui ont déterminé la philosophie spécu-
lative et rêveuse de l'Orient. Passons à la peinture
du caractère moral des habitants de l'Europe.
« Les Européens sont plus aptes à la guerre que
« les Asiatiques, dont les mœurs sont plus civili-
« sées. Il faut en renvoyer la cause aux saisons,
« qui, en Asie, n'éprouvent de grandes révolu-
« tions ni pour le chaud ni pour le froid, mais
« présentent une uniformité presque continuelle.
« Alors des spectacles imprévus ne viennent pas
« frapper les imaginations, et le corps n'est pas
« arraché d'une manière violente à son assiette
« ordinaire; ébranlements qui excitent plus la
« colère, communiquent à l'esprit de l'homme
« plus de pénétration et de chaleur que ne ferait
« le repos. Car ce sont toujours les révolutions
« qui plus que toute autre chose réveillent l'homme

« et l'empêchent d'être immobile. Voilà les causes
« de la faiblesse des races asiatiques, causes aux-
« quelles viennent se joindre leurs institutions. La
« plupart des états en Asie sont sous la domina-
« tion d'un seul : or, là où les hommes ne se gou-
« vernent pas eux-mêmes et vivent sous le joug;
« là, rien ne les excite à se préparer à la guerre,
« tout au contraire les détourne des combats. Les
« périls ne sont pas égaux; il leur faut partir,
« endurer les fatigues, mourir pour leurs maîtres;
« et cela en s'arrachant à leurs enfants, à leurs
« femmes, à leurs amis. Leurs exploits amènent-
« ils quelques avantages et quelques fruits, leurs
« maîtres les prennent et s'en nourrissent, et eux
« on leur laisse recueillir les dangers et la mort. »
Tirons deux conséquences. Hippocrate reconnaissait l'influence puissante des institutions, et il avait un sentiment confus de la valeur des facultés morales. Il entrevoyait de plus la différence du caractère spéculatif des Asiatiques, et de l'esprit politique et raisonneur des Grecs. Sans pousser sa pensée jusqu'au bout, il entrevoyait pourtant que le climat était pour quelque chose dans cette différence, et que la tribune aux harangues n'avait pas pu s'élever à Suze ou à Ecbatane : un moderne n'aurait pas manqué de donner à ce rapprochement une forme antithétique; mais ces anciens sont si grands, qu'ils sont toujours sim-

ples : quand on verse la lumière, on n'a pas besoin de faire jaillir des étincelles. Platon, au cinquième livre de ses lois, enseigne que les institutions ne doivent pas être contraires au climat. Aristote, dans ses problèmes, reproduit plusieurs pensées d'Hippocrate.

Bodin, ayant pour devanciers Hippocrate, Platon et Aristote, et après eux Polybe et Galien, partage les hommes en trois classes, les orientaux, les occidentaux, et les mixtes. « Principio igitur « naturas eorum qui ad aquilones et austrum po« siti sunt inquiramus; deinde eorum qui ad or« tum et occasum; post etiam singularem illorum « qui montes, qui valles, qui palustria, qui aren« tia loca, qui maritimas regiones accolunt, tem« perationem. Quibus explicatis quantum disci« plina valeat ad immutanda hominum ingenia « disseretur; nec tamen illud assentiemur Polybio « et Galeno, qui cœli et solis naturam necessaria « quadam vi mores hominum immutare conten« dunt. Ut enim ex naturalibus causis vitia nasci « possint, extirpari tamen et omnino tolli, ut is « ipse qui ad ea propensus fuerit a tantis vitis « avocetur, non est id positum in naturalibus « causis, sed in voluntate, studio, disciplina : « quæ tolluntur omnia si necessitati locum demus. « Quæ ut planius percipiantur, trifariam regiones « ab æquatore ad polum utrumque dividemus;

« ita ut cuique regioni partes cœli trigenta den-
« tur : tot enim ab æquatore ad utrumque po-
« lum numerantur. Prima regio quæ ab æquatore
« proprius abest, ab ardoris intemperie calidis-
« sima esse dicitur, ut quæ ad aquilonem spectat;
« frigiditate rigidissima; inter utramque calore ac
« frigore modice temperata interjacet. Rursus re-
« giones singulas bifariam subdividemus. Nam
« regio quæ partes cœli quindecim priores ab
« æquatore capit, temperatior est, contra quam
« plerique magno errore putant, quam quæ tro-
« picis utrisque subest. Item regio quæ a trigesima
« circuli meridiani parte ad XLV porrigitur, multo
« mitior est quam quæ a XLV ad LX, propter
« utriusque poli propinquitatem. Hinc ad LXXV
« regiones quidem multo frigore rigent, colun-
« tur tamen ac populorum multitudine abundant.
« Postremo regio quindecim partium cœli a LXXV
« ad XC etsi omnino deserta non videatur, illic
« tamen tanta est frigoris ac nivium intemperies,
« ut non satis commode vivi, ac ne vivi quidem
« possit; sed quidquid hominum restat, fere in
« antris ac latebris bestiarum more versatur, aut
« vagatur in sylvis. His finibus regionum descrip-
« tis, de gentium moribus ac natura certius ac
« melius judicari potest[1], » Nous ne saurions

---

[1] Lib. 5, cap. 1, De confirmando civitatum statu pro regionum, etc.

suivre les innombrables excursions de Bodin dans l'histoire des différents peuples. Parmi tous ses tableaux et ses portraits choisissons le portrait du Français qu'il emprunte à Jules Scaliger; nous verrons si nous pouvons nous y reconnaître. « Gallos, inquit, video ad omnia momenta vel « eventuum vel disciplinarum promptos, para- « tos, versatiles; ut semel quicquam vel visum « vel auditum illico apud illorum ingenia depo- « nant et amittant novitatem, in eo ipso videntur « nati atque educati, qui animorum vigor igneus, « maturaque celeritas, nulli alii nationi data est a « natura. Quocumque incubuere felicissime sese « dant, ocissime proficiunt, gnaviter exercent mer- « caturam, artes, arma, littteras, eruditionem, « subtilitatem, candorem, eloquentiam, omnium « tamen gentium atque nationum fide sunt ma- « xime integra, et constanti[1]. » Bodin arrive à opposer vivement entre eux l'homme du nord, l'homme du midi, et l'homme des régions tempérées. « Ut igitur australis ater est, sic aquilonius « ex albo rubescens; hic longus, ille brevis; hic « robustus, ille debilis; hic calidus, humidus, ille « frigidus, siccus; hic pilosus, ille glaber; hic læ- « tus, ille subtristis; hic sociabilis, ille solitarius; « hic audax, ille timidus; hic vinosus, ille sobrius;

[1] Lib. 5, cap. 1, De confirmando civitatum statu pro regionum, etc.

« hic sui et alieni negligens, ille circonspectus;
« hic rustice arrogans, ille demisso vultu elatus;
« huic rauca vox, illi clara; hic prodigus, ille par-
« cus; hic minime salax, ille salacissimus: hic sor-
« didus, ille nitidus; hic simplex, ille versutus; hic
« miles, ille sacerdos; hic opifex, ille philosophus;
« hic in manibus spem ponit rerum suarum, ille
« in mente; hic terræ venas ac fodinas, ille cœles-
« tes inquirit. Consequens est igitur ut si Afri
« pertinaces, quemadmodum Plutarchus scribit,
« Scythæ leves sint. Qui vero medias regiones
« sortiti sunt, constantiam illam et animi fortitu-
« dinem, in qua decus est omnium virtutum,
« melius quam utrique tuentur[1]. » Ainsi Charron,
dans son livre *De la sagesse* n'a fait que traduire
Bodin quand il a dit: « Nous faisons trois assiet-
« tes générales du monde, qui sont les deux extré-
« mités de midi et de nord, et la moyenne. Les
« septentrionaux sont hauts et grands, la voix
« forte, grands mangeurs et buveurs, et puissants.
« Pour l'esprit, ils sont grossiers, lourds, stupi-
« des, sots, faciles, légers, inconstants, peu reli-
« gieux et dévotieux, guerriers, vaillants, etc.;
« les moyens sont tempérés en toute chose,
« comme neutres; les méridionaux sont mélanco-
« liques, froids et secs, solitaires, ingénieux, sa-

[1] Lib. 5, cap. 1, De confirmando civitatum statu pro regionum, etc.

« ges, superstitieux, contemplatifs, non guerriers « et lâches, jaloux, cruels et inhumains. » Gardons-nous de croire cependant que Bodin n'ait pas senti la force de la liberté de l'homme et des institutions; il en parle à plusieurs reprises et finit par conclure ainsi: « Ex quibus intelligitur « non modo cæli naturam ac regiones universas, « sed etiam singularia et regionis cujusque pro- « pria intueri oportere; quid ab aquis, quid ab « aere, quid a montibus, quid a vallibus, quid a « ventorum natura, *quid a religionibus, quid ab* « *institutis, quid a disciplina, quid denique ab ipso* « *statu reipublicæ in animis cujusque ingenerari* « *possit*[1]. » Que Bodin ait trop accordé à l'influence du climat, que sa raison ait souvent trébuché et n'ait pas toujours porté la lumière dans son érudition, qui s'en étonnera, quand deux siècles après lui, Montesquieu, qui avait profité de ses travaux, échouait au même écueil avec sa brillante imagination, et en dépit de la justesse de son génie.

Il faut abréger cette analyse. Bodin examine ensuite comment on peut remédier au luxe ou à la pauvreté des états; si, dans le cas de condamnation, il vaut mieux donner les biens aux parens ou à la république, quelles peines et quelles ré-

[1] Lib. 5, cap. 1, De confirmando civitatum statu pro regionum, etc.

compenses doit décerner l'état, s'il est bon que les citoyens soient exercés à la guerre, quel avantage présente la guerre, et il montre que les guerres étrangères sont un remède salutaire aux guerres civiles; enfin il traite des alliances et du droit des ambassadeurs.

Le sixième livre commence par des théories sur le cens, le trésor public et la monnaie, où Bodin fait preuve d'un esprit positif. Puis il compare les différentes espèces de gouvernement, en pose les avantages et les inconvénients, et finit par donner la préférence à la monarchie royale et héréditaire telle que le trône de France lui en donnait le modèle. « Sive igitur familiæ quæ ipsa « est reipublicæ imago, sive corporis humani ac « membrorum omnium una cum ipso capite coag- « mentationem, sive solis unius inter tot sidera « splendorem fulgentissimum ac cætera obscuran- « tem, sive cæterorum animantium greges et ar- « menta, atque adeo apum examina, sive mundi « totius statum cui præest unus idemque optimus « maximus princeps, intueri placet, profecto re- « gale civitatis genus cæteris omnibus præstabi- « lius esse ducemus[1]. » Enfin il termine son traité par une théorie de la justice qu'il a reproduite

[1] Lib. 6, cap. 4, De rerum publicarum inter ipsas comparatione, etc.

dans son système général du droit auquel nous arrivons.

Telle est cette république de Bodin, début de la science politique dans l'Europe moderne, ébauche d'une raison ferme, mais incertaine dans ses voies; qui flotte tour à tour entre les théories *a priori*, et la méthode d'observation, entre la république de Platon et la politique d'Aristote; où l'érudition étouffe souvent la pensée; où l'esprit de l'auteur, en voulant monter dans le monde des idées et des systèmes, s'abat presque toujours dans son vol impuissant; sans méthode sans lumière; mais cependant témoignage irrécusable de vigueur et de génie, monument du seizième siècle, auquel trois cents ans n'ont pas ôté sa valeur, et qui se transmettra comme une médaille précieuse dans l'histoire des ouvrages humains.

Bodin était profond jurisconsulte, et il porta dans la jurisprudence comme dans l'histoire son esprit systématique et son goût pour les idées générales. Aussi commença-t-il par méconnaître le talent de Cujas et par se déclarer son ennemi; il goûtait peu l'exégèse historique du professeur de Bourges, qui de son côté, lui rendit la même antipathie. Cependant Bodin finit par revenir à des sentimens plus justes, car je lis dans sa république: « Cujacius antiquarum lectionum diligentissimus

« interpres[1]. » Il savait du droit romain, et le jugeait d'une manière plus indépendante qu'aucun de ses contemporains, témoin la préface de sa méthode pour étudier l'histoire. Dans un petit écrit fort court, intitulé *Juris universi distributio*, il fait une classification générale du droit. Voici comment il pose et résout les principales questions :

Qu'est-ce que la jurisprudence ? — « Ars tribuendi suum cuique, ad tuendam hominum societatem... Hæc ad quatuor causas ac totidem « quæstiones referri potest. An sit, quid sit, qualis sit, cur sit? Eadem quatuor partibus constat, lege, æquitate, legis actione, judicis officio. »

Qu'est-ce que la forme de la jurisprudence ? — « Nihil est aliud quam jus ipsum, sine quo « jurisprudentia nulla sit. »

Qu'est-ce que le droit ? — « Jus est bonitatis « et prudentiæ divinæ lux hominibus tributa, et « ab iis ad utilitatem humanæ societatis traducta. »

Le droit est double, naturel et humain. Le droit naturel nous est inculqué par notre raison ; le droit humain est l'ouvrage de l'homme. Le droit humain se partage en droit des gens et en droit civil, etc.

---

[1] Lib. 4, cap. 2.

Quelle est la matière du droit? — « Materia « circa quam omnis de jure quæstio versatur, in « personis est, aut in rebus, aut in factis ac dictis « personarum. »

J'épargne au lecteur les détails, les classifications des personnes et des choses, des *facta ac dicta*, sous lesquels rentrent naturellement les actions et les obligations. Ce petit traité est un mélange de notions romaines et d'idées qui appartiennent à Bodin. Il se termine par sa théorie de la justice.

« Finis, justitia suum quique tribuens, id est « τὸ ἀντιπέπονθος, quod in triplici proportione ver- « satur, arithmetica, geometrica et harmonica, « quæ, quasi tres filiæ Themidos, se complexu « mutuo fovent, εὐνόμια, δικαιοσύνη, εἴρηνη, id est « æqua lex, justitia, pax : vel commodius νόμος ad « arithmeticas rationes, ut lex omnibus eadem; « ἐπίκεια ad geometricas, id est æquitas; ἐπιεικονόμια « ad harmonicas : quæ utrisque conflatur, ut « justitia ex lege et æquitate coalescit.

« Ratione arithmeticæ quæ συναλλάκτικη dicitur, « semper æqualis, facta factis, res rebus, sine « personarum delectu coæquando, eaque potissi- « mum est in rebus creditis, mutuis, pignore, « commodato, deposito et similibus.

« (Proportio arithmetica in numeris 2, 4, 6, « 8, 10, 12.)

« Ratione geometrica quæ διανεμήτικη vocatur, « similitudinem non æqualitatem spectans : exem- « pla in L. Capitalium, § in servorum de pœnis. « L. ult. de incend. L. ut gradatim de mune- « ribus.

« (Proportio geometrica in numeris, 2, 4, 8, « 16, 32, 64.)

« Ratione harmonica quæ ex arithmeticis et « geometricis rationibus coalescit, æqualitatis et « similitudinis conjuncta ratione, causas defi- « niens : exemplum est in L. eos. de usuris.

« (Proportio harmonica in numeris 6, 8, 12, « 16, 24.)

« Hæc libro 6, cap. ult. de republica a nobis « explicata sunt. »

Voilà qui achève de faire connaître Bodin. Il termine sa république et son système de droit par une théorie de la justice formulée en nombres mystérieux. Je ne doute pas qu'à ses yeux cette fin bizarre n'ait été comme une consécration religieuse de ses travaux. Pour lui la justice (et n'oublions pas que par ce mot Bodin entend, comme les anciens, l'état même) est arithmétique, géométrique et harmonique. Qu'est-ce à dire? C'est qu'ainsi qu'il l'explique au dernier chapitre de sa république[1], la justice arithmétique est

[1] Lib. 6, cap. 6, De tribus justitiæ generibus, etc.

fondée sur l'égalité, est commutative; et, soit publique, soit privée, soit en faisant les lois, soit en les appliquant, elle se règle sur une égalité absolue. C'est la démocratie qu'aimait Xénophon et qu'il figurait par la proportion arithmétique, dont les raisons sont constamment les mêmes, augmentent toujours du même nombre. La justice géométrique au contraire est distributive, procède par analogie et non par égalité, associe les semblables, mais séparément dans deux ordres dont la règle constante est l'inégalité. C'est l'aristocratie à laquelle inclinait Platon, et qu'il figurait par la proportion géométrique, qui a ses raisons non égales, mais seulement semblables. Xénophon, plus soldat que contemplateur, qui aimait la place publique d'Athènes, et ne ruminait pas en philosophe contre la constitution de son pays, s'attachait à la démocratie. Mais Platon, qui ne considérait la démocratie d'Athènes qu'avec le dédain du philosophe et de l'homme contemplatif, préférait l'aristocratie. Bodin vient au milieu de Xénophon et de Platon proposer une transaction : c'est la justice harmonique, qui mêlera ensemble, dans des proportions convenables, l'égalité arithmétique et la similitude géométrique. Pour lui la république idéale, *præstantissima civitatis imago*, serait celle qui, sans mettre de barrières entre les ordres des citoyens, accorde-

rait cependant à l'aristocratie une juste supériorité, tempérerait toutes les différences les unes par les autres, et produirait, par une secrète harmonie, une inaltérable félicité. Ainsi, à travers une variété harmonique, on arriverait à l'unité qui vivifie et soutient tout, l'homme et la nature, qui est l'expression sublime de Dieu, *sapientissimus ille rerum omnium opifex ac mundi procurator.*

Tel est Bodin et sa grandeur bizarre. Il a fondé avec Machiavel la science politique moderne. Avant lui, Thomas Morus avait écrit, mais son utopie vague et commune[1] n'a rien édifié.

---

[1] Voyez lib. 2, De servis, combien ce qu'il dit des lois manque de consistance et de vérité.

CHAPITRE VII.

COMMENCEMENT DU XVII[e] SIÈCLE. — BACON ENVISAGÉ COMME JURISCONSULTE. — SELDEN.

La science du droit, après avoir dépouillé les formes et l'enfance du moyen âge pour s'associer au caractère et au génie des temps modernes, après avoir jeté au seizième siècle et en France une si vive lumière, et s'être manifestée sous toutes ses faces dans une jeunesse pleine de sève et d'ardeur, revient à des développements successifs et partiels dont chaque pays de l'Europe est à son tour le théâtre.

Le successeur de Bodin dans la philosophie du droit est Bacon [1], philosophe, jurisconsulte, aussi exercé aux affaires qu'à la spéculation. Successivement conseiller de la couronne, solliciteur général, lord grand chancelier, il savait profondédément les lois de son pays, et pouvait lutter d'érudition positive et pratique avec Coke, son contemporain, parfois son adversaire, praticien consommé et classique. Mais il portait aussi dans

[1] Né en 1561, mort en 1626.

sa vie politique et parlementaire des vues aussi générales que dans la philosophie : son génie aimait l'unité ; il voulait refondre et réformer les lois anglaises, et leur imprimer une uniformité rationnelle. Mais il rencontra dans l'esprit anglais d'invincibles obstacles : l'entreprise était prématurée ; à peine est-elle mûre aujourd'hui.

L'étendue, le bon sens et l'imagination, me semblent caractériser le génie de Bacon. Il tenta et fit une classification universelle de la science humaine : il eut la force de diriger et de maintenir ses regards sur l'universalité de la science ; puis à côté de cette étendue se trouve un don précieux qui ne l'accompagne pas toujours, le bon sens qu'il doit au maniement des affaires, à sa vie active, à sa place de chancelier. Enfin, quand Bacon écrit sa pensée, l'imagination vient colorer son style : il est impossible d'introduire dans les sciences physiques et morales un tact plus heureux, un sens plus exquis pour donner un corps par l'imagination aux idées les plus abstraites et les plus déliées. Bacon a tout embrassé ; mais il s'est surtout adonné aux sciences physiques et à la philosophie naturelle : sans doute il a vu l'homme et ses facultés morales, il a parlé de la raison ; mais il est toujours plus frappé de l'appareil extérieur des choses que de leur substance intime, et ce qu'il a en étendue lui manque en profondeur.

Ce culte presque exclusif des apparences extérieures se manifeste également dans ce qu'il a écrit comme jurisconsulte théoricien dans son *de fontibus juris*.

Mais il ne suffit pas d'examiner isolément ce petit traité fort connu, souvent réimprimé : il ne saurait avoir de valeur qu'en lui trouvant sa place dans les ouvrages et la pensée de Bacon. Nous n'avons pas à nous occuper du *Novum organum*, uniquement consacré aux sciences naturelles : c'est dans son traité *De augment. scientiarum* qu'il a embrassé toute l'étendue du monde historique et moral.

Bacon partage l'esprit humain en trois facultés, la mémoire, l'imagination et la raison. La science suivra dans ses classifications cette division de l'esprit; car elle doit être analogue à l'esprit humain, qui est son moule : « Partitio doctrinæ hu- « manæ est ea verissima, quæ sumitur ex triplici « facultate animæ rationalis, *quæ doctrinæ sedes* « *est*[1]. »

A la mémoire se rapporte l'histoire, à l'imagination la poésie, et la philosophie à la raison.

Qu'est-ce que l'histoire pour Bacon? C'est la collection de toutes les choses individuelles qui existent dans le temps et dans l'espace : « Historia

---

[1] Lib. 2, cap. 1, De augmentis scientiarum.

« proprie individuorum est, quæ circumscribun-
« tur loco et tempore [1]. »

La poésie s'occupe aussi des choses individuelles, mais c'est pour créer des mensonges qui ressemblent aux réalités dans des proportions plus grandes, et qui puissent donner du plaisir à l'esprit: « Poesis, eo sensu quo dictum est, etiam individuorum est, confictorum ad similitudinem illorum, quæ in historia vera memorantur; ita « tamen ut modum sæpius excedat, et quæ in « rerum natura nunquam conventura aut eventura fuissent, ad libitum componat, et introducat; quemadmodum facit et pictoria. Quod « quidem phantasiæ opus est [2]. »

Enfin la philosophie tire des faits individuels des notions et des idées, et par la réflexion elle divise, digère et abstrait: « Philosophia individua dimittit, neque impressiones primas individuorum, sed notiones ab illis abstractas complectitur, atque in iis componendis, et dividendis, « ex lege naturæ et rerum ipsarum evidentia versatur. Atque hoc prorsus officium est atque « opificium rationis [3]. »

La voilà cette célèbre classification de Bacon qui partage toutes les choses humaines en his-

---

[1] Lib. 2, cap. 1, De augmentis scientiarum.
[2] Ibidem.
[3] Ibidem.

toire, poésie et philosophie. On a pu l'attaquer, et avec avantage; car plus elle était hardie, étendue et tranchée, plus elle prêtait le flanc; mais on ne saurait trop en admirer l'aventureuse grandeur. Avant de passer à la philosophie politique, ne négligeons pas ce que Bacon dit de l'histoire littéraire. Après avoir partagé l'histoire en histoire naturelle et histoire sociale et humaine, il subdivise cette dernière en histoire ecclésiastique, histoire littéraire et histoire civile proprement dite. Attachons-nous à l'histoire littéraire.

Dans toute science nous plions déjà sous le poids des travaux de nos devanciers; mais au moins nous pouvons en tirer avantage en nous en donnant le spectacle d'un œil ferme, d'un regard rapide et profond. Eh bien, c'est Bacon qui le premier a mis en lumière l'utilité qu'on pouvait recueillir en contemplant ce qui s'est fait et dit avant nous. Sous le nom d'histoire littéraire Bacon ne comprend rien moins que l'inspection universelle de toutes les productions de l'esprit humain et de toutes ses pensées; mais il déclare que l'histoire littéraire est encore à créer; et, à ses yeux, l'histoire du monde, privée des lumières qui jaillissent d'un tel spectacle, ressemblerait à la statue de Polyphème, *eruto oculo*. Ne crai-

geons pas de citer en entier ce chapitre; il est d'une ravissante beauté :

Partitio historiæ civilis in ecclesiasticam, litterariam et (quæ generis nomen retinet) civilem, quodque historia litteraria desideretur. Ejus conficiendæ præcepta. — (Cap. 4, lib. 2.)

« Historiam civilem in tres species recte dividi putamus : primo *sacram*, sive *ecclesiasticam*; deinde eam, quæ generis nomen retinet, *civilem*; postremo *litterarum* et *artium*. Ordiemur autem ab ea specie, quam postremo posuimus, quia reliquæ duæ habentur, illam autem inter desiderata referre visum est. Ea est *historia litterarum*. Atque certe historia mundi, si hac parte fuerit destituta, non absimilis censeri possit statuæ Polyphemi, eruto oculo, cum ea pars imaginis desit, quæ ingenium et indolem personæ maxime referat. Hanc licet desiderari statuamus, nos nihilominus minime fugit, in scientiis particularibus jurisconsultorum, mathematicorum, rhetorum, philosophorum, haberi levem, aliquam mentionem aut narrationes quasdam jejunas, de sectis, scholis, libris, auctoribus et successionibus hujusmodi scientiarum : inveniri etiam de rerum et artium inventoribus tractatus aliquos exiles et infructuosos. Attamen justam atque universalem litterarum historiam nullam adhuc editam asserimus. Ejus itaque et

« argumentum et conficiendi modum et usum « proponemus. »

« *Argumentum* non aliud est quam ut ex omni « memoria repetatur, quæ doctrinæ, artes, quibus « mundi ætatibus et regionibus floruerint. Earum « antiquitates, progressus, etiam peragrationes « per diversas orbis partes (migrant enim scien- « tiæ, non secus ac populi) rursus declinationes, « obliviones, instaurationes commemorentur. Ob- « servetur simul per singulas artes, inventionis « occasio et origo, tradendi mos et disciplina, co- « lendi et exercendi ratio et instituta. Adjiciantur « etiam sectæ et controversiæ maxime celebres « quæ homines doctos tenuerunt, calumniæ qui- « bus patuerunt, laudes et honores quibus deco- « ratæ sunt. Notentur auctores præcipui, libri « præstantiores, scholæ, successiones, academiæ, « societates, collegia, ordines, denique omnia quæ « ad statum litterarum spectant. Ante omnia etiam « id agi volumus (quod civilis historiæ decus « est, et quasi anima) ut cum eventis causæ co- « pulentur : videlicet, ut memorentur naturæ re- « gionum ac populorum, indolesque apta et ha- « bilis, aut inepta et inhabilis ad disciplinas « diversas; accidentia temporum, quæ scientiis « adversa fuerint aut propitia, zeli et mixturæ « religionum, malitiæ et favores legum, virtutes « denique insignes, et efficacia quorumdam viro-

« rum erga litteras promovendas et similia. At hæc
« omnia ita tractari præcipimus ut non criticorum
« more in laude et censura tempus teratur, sed
« plane historice res ipsæ narrentur, judicium
« parcius interponatur.

« De *modo* autem hujusmodi historiæ confi-
« ciendæ, illud imprimis monemus, ut materia et
« copia ejus, non tantum ab historiis et criticis
« petatur, verum etiam per singulas annorum
« centurias, aut etiam minora intervalla, seriatim
« (ab ultima antiquitate facto principio), libri
« præcipui, qui eo temporis spatio conscripti sunt,
« in consilium adhibeantur; ut ex eorum non
« perlectione (id enim infinitum quiddam esset),
« sed degustatione et observatione argumenti,
« stylí, methodi, genius illius temporis litterarius,
« veluti incantatione quadam, a mortuis evoce-
« tur.

« Quod ad *usum* attinet, hæc eo spectant; non
« ut honor litterarum, et pompa, per tot circumfu-
« sas imagines celebretur; nec quia, pro flagran-
« tissimo quo litteras prosequimur amore, omnia
« quæ ad eorum statum quomodo pertinent, us-
« que ad curiositatem inquirere, et scire, et con-
« servare avemus; sed præcipue ob causam magis
« seriam, et gravem : ea est (ut verbo dicamus),
« quoniam per talem, quam descripsimus, narra-
« tionem, ad virorum doctorum, in doctrinæ usu

« et administratione, prudentiam et solertiam,
« maximam accessionem fieri posse existimamus;
« et rerum intellectualium, non minus quam ci-
« vilium motus, et perturbationes. vitiaque et
« virtutes, notari posse, et regimen inde optimum
« educi et institui. Neque enim B. Augustini, aut
« B. Ambrosii opera, ad prudentiam episcopi,
« aut theologi, tantum facere posse putamus,
« quantum si ecclesiastica historia diligenter in-
« spiciatur, et revolvatur. Quod et viris doctis ex
« historia litterarum obventurum non dubita-
« mus. Casum enim omnino recipit, et temeritati
« exponitur, quod exemplis et memoria rerum
« non fulcitur. Atque de historia litteraria hæc
« dicta sint. »

Ainsi l'histoire littéraire est comme l'œil du monde : elle est nécessaire pour lui donner la lumière et la vie, et elle n'existe pas encore. Sans doute, dans les sciences spéciales, comme les mathématiques, la jurisprudence, la réthorique et la philosophie, on a déjà tenté quelques légères études sur les sectes, les écoles, l'ordre des temps, des ouvrages et des pensées; mais une histoire littéraire universelle est encore à faire. Pour l'écrire, il faudra remonter au berceau de la science humaine, suivre son enfance, sa jeunesse, ses migrations (car les sciences voyagent comme les

hommes), ses éclipses, ses langueurs et ses résurrections. Il faudra y joindre l'histoire de ces hommes qui se dévouent à la science et la poussent, leurs sectes, leurs controverses, leurs combats et leurs destinées; puis on remarquera les différences des peuples, les influences des climats, la diversité des génies. On laissera presque toujours les choses parler elles-mêmes; de telle façon que le sentiment intime qu'on recueillera du spectacle et de l'étude des œuvres de l'esprit humain évoque, pour ainsi dire, et fasse comparaître devant vous le génie littéraire de chaque époque du monde, comme par une espèce d'enchantement. Et il n'y a point seulement ici la joie d'une vaine curiosité satisfaite et une espèce de triomphe accordé aux lettres par la pompe de leurs brillantes images; mais il y aura pour la science et la politique, pour l'action et la pensée, des enseignements puissants et féconds.

Encore aujourd'hui nous pouvons nous instruire à cette théorie de l'histoire littéraire, plan gigantesque que Bacon trace en passant, et qui reste comme une tâche imposée à notre temps et à ceux qui viendront après nous.

La philosophie politique est faiblement traitée dans l'ouvrage de Bacon : au surplus, il déclare qu'il a peu de goût pour elle, et qu'il veut res-

pecter par son silence la science *De arte imperii*[1]; il est sur ce sujet aussi circonspect que Bodin était hardi. Il partage la science sociale en doctrines *De conversatione*, *De negotiis* et *De imperio vel republica*. Il examine successivement la conduite qu'on doit tenir dans la conversation et dans les affaires : ce sont des paraboles dont il donne des explications, des conseils de vie pratique qui n'ont point trait à la science du droit. Touchant la doctrine *de imperio vel republica*, il cherche uniquement quels seraient les moyens d'étendre les bornes d'un empire ; puis il arrive, sans trop de liaison et de méthode, à traiter *De justitia universali* sive *De fontibus juris*.

Ainsi la place que Bacon assigne à son traité sur la justice universelle, c'est d'être une partie de la science sociale, de la philosophie politique. Ce petit ouvrage termine le huitième livre ; le neuvième et dernier, fort court, est rempli par la théologie.

Bacon, à la fois jurisconsulte et philosophe, homme d'état et penseur, qui présentait cette alliance si heureuse de la spéculation et de la pratique, si fréquente au seizième et au dix-septième siècles, qui s'affaiblit et disparaît entièrement au dix-huitième, et que notre temps doit reproduire,

---

[1] Lib. 8, cap. 1.

commence par se plaindre de ce que la théorie des lois a été tantôt abandonnée aux philosophes qui ne savaient pas les faits, et aux jurisconsultes qui ne savaient pas penser : or Bacon, qui se sentait la science des faits et la force de la pensée, ne craint pas d'aborder la matière.

Mais a-t-il fait véritablement un traité de la justice universelle? J'oserais croire que non. L'opuscule est fort connu ; je ne citerai donc que pour le besoin de la démonstration.

Voici le début : « In societate civili, aut lex, aut « vis valet. Est autem et vis quædam legem simu- « lans, et lex nonnula magis vim sapiens quam « æquitatem juris. Triplex est igitur in justitia fons, « vis mera ; illaqueatio malitiosa prætextu legis, « et acerbitas ipsius legis. »

Bien. Mais qu'est-ce que la société? où est son fondement rationnel? La loi n'est qu'un fait extérieur et matériel qui n'existe que par la puissance et la volonté de la société : mais quelle est la base de la loi? Ces questions ont entièrement échappé à Bacon ; il est muet sur la métaphysique du droit.

Poursuivons : « Firmamentum juris privati tale « est. Qui injuriam facit, re utilitatem aut volup- « tatem capit, exemplo periculum. Cæteri utili- « tatis aut voluptatis illius participes non sunt, « sed exemplum ad se pertinere putant. Itaque « facile coeunt in consensum, ut caveatur sibi per

« *leges*, ne injuriæ per vices ad singulos redeant.
« Quod si ex ratione temporum et communione
« culpæ, id eveniat, ut pluribus et potentiori-
« bus, per legem aliquam, periculum creetur,
« quam caveatur, factio solvit legem; quod et
« sæpe fit. »

Ainsi pour Bacon la loi est la convention d'hommes effrayés du danger : mais, encore une fois, où la loi prend-elle racine? Chose remarquable! Bacon n'emploie pas une seule fois le mot *jus* comme représentant le droit même dans sa nature et dans sa substance. Le droit, *jus*, n'est pour lui que la collection des lois positives : il n'a donc pas traité de la justice universelle. Non ; mais, grand praticien, jurisconsulte surtout politique, il a promené un coup d'œil puissant sur les faits extérieurs, sur les lois positives, sur la manière de les interpréter, sur la juridiction, sur l'art de classer et de digérer les lois.

Le chancelier d'Angleterre accorde peu à la théorie et à la science proprement dite :

« At scientiam juris et practicam, auxiliaribus
« libris ne nudanto, sed potius instruunto. Ii sex
« in genere sunto : institutiones, de verborum si-
« gnificatione, de regulis juris ; antiquitates le-
« gum ; summæ agendi formulæ. »

Le catalogue n'est pas riche : on dirait que cet illustre praticien a peur de la science, et veut lui

faire sa part. Ainsi encore dans l'enseignement du droit, *De prælectionibus*, il recommande la plus grande sobriété; il craint les questions, les controverses, les subtilités; et, de peur de l'abus, il serait presque tenté de proscrire l'usage.

En résumé, Bacon a surtout envisagé la jurisprudence sous les rapports politiques et pratiques. Ainsi considéré, son opuscule a de la valeur : clair, judicieux, aphoristique, il est beaucoup lu et souvent cité. Mais, quant à la philosophie et à la théorie du droit, il ne saurait avoir de rang et d'importance dans l'histoire de la science.

Après Bacon se rencontre un jurisconsulte, son contemporain, que le chancelier consulta même sur la validité de la sentence prononcée contre lui, dont la jeunesse assistait ainsi aux derniers et tristes jours de ce grand homme, et qui devait lui-même être appelé par Grotius la gloire de l'Angleterre. Selden[1] vécut successivement sous Jacques Ier, Charles Ier et le protectorat de Cromwel, fut membre du parlement, fit partie des comités qui dressèrent l'acte d'accusation du duc de Buckingam et du comte de Strafford, qu'il avait attaqué d'abord et finit par défendre; garda toujours envers Charles Ier une modération respectueuse, sut résister à Cromwel, qui le pressait de

[1] Né en 1584, mort en 1654.

réfuter l'Εἰκων βασιλίκη, et qui, sur son refus, en chargea Milton; défendit constamment la liberté et les droits de l'Angleterre, resta toujours pur et ferme au milieu des partis et de leurs excès, et fut considéré par ses concitoyens comme le premier jurisconsulte du pays. En voici la preuve. Grotius venait d'écrire son traité de la liberté des mers, *Mare liberum* : il y réclamait pour les Hollandais la navigation aux Indes orientales. Selden répondit par une réfutation intitulée *Mare clausum*, qui fut approuvée, sous Jacques Ier, par la cour d'amirauté, et dont Charles Ier, sur de nouveaux débats avec la Hollande, ordonna la publication. Quelle n'était pas alors la puissante autorité des jurisconsultes! La Hollande a son Grotius pour revendiquer la liberté des mers, et c'est un autre jurisconsulte que l'Angleterre lui oppose: c'est un combat de doctrines, c'est une affaire de haute jurisprudence.

Qu'a fait Selden dans la science? Il a écrit à la fois des livres de pratique et d'érudition. Les premiers ne sont curieux que pour l'histoire du droit anglais; parmi les seconds, il faut remarquer son ouvrage *De successionibus in bona defuncti ad leges Hebræorum*; cet autre, *De successione in pontificatum Hebræorum*; puis *De synedriis et præfecturis juridicis veterum Hebræorum*, et sa préface au *Fleta*, commentaire sur la jurisprudence anglaise, pré-

face curieuse et savante sur l'histoire du droit romain en Angleterre[1].

Mais son œuvre principale est son traité *De jure naturali et gentium juxta disciplinam Hebræorum*, dont le mérite et le sens nous semblent aujourd'hui méconnus. Où en était alors la philosophie du droit? Ni Bodin ni Bacon n'avaient encore soupçonné la question du droit naturel, et n'avaient tenté une explication philosophique de la nature humaine. Ceux qui vinrent après eux, et y songèrent, durent trouver l'entreprise difficile et délicate. Poser la question du droit naturel, c'était se mettre en face de la théologie et en guerre avec elle : il fallait donc pour cette œuvre une époque de lutte et de liberté religieuse, le temps de Selden et de Grotius. Le titre seul de l'ouvrage de Selden, *De jure naturali*, est un progrès sur le génie de Bacon. La question était posée; mais comme Selden était surtout jurisconsulte, point philosophe, et que d'ailleurs, selon ses croyances religieuses et chrétiennes, la question qu'il abordait était résolue par les livres hébraïques, l'Ancien Testament et les Écritures, à l'exemple des théologiens et des jurisconsultes antérieurs, il fit de la loi des Hébreux le type indélébile du droit na-

[1] Hoffmann, au commencement du siècle dernier, l'a réimprimée à la fin de son Histoire du droit romain, du moins dans l'édition de 1726.

turel. Mais il se permit une distinction qui est un commencement de philosophie : dans le système des lois hébraïques il sépare ce qui, selon lui, est fondamental, universel et de droit naturel, des lois purement politiques, qui se rapportent à la constitution de la république hébraïque. C'est une tradition révérée parmi les Juifs, que Noé et ses fils reçurent de Dieu sept préceptes éternellement obligatoires, qui constituaient, suivant les docteurs du Talmud, le droit universel et comme le code de l'humanité. Voici quels sont les sept préceptes :

1. Non colere idola;
2. Benedicere Deum;
3. Servare jus publicum;
4. Cavere ab illegitimo concubitu;
5. Non fundere humanum sanguinem;
6. Non rapere;
7. Non tollere membrum de animali viventi.

Ces préceptes conviennent en effet à toutes les nations : bénir Dieu, glorifier son nom par le culte, garder le droit des gens, c'est-à-dire la justice, respecter l'homme et l'humanité, voilà des devoirs et des vérités éternels.

Selden a consacré un livre de son traité au développement de chaque précepte, et il y déploie une érudition confuse, mais profonde, de jurisconsulte et d'hébraïsant. Son ouvrage, qui est

comme une transaction entre la théologie et la philosophie, précède, dans l'ordre des idées et dans l'histoire de la science, le monument de Grotius, qui cependant écrivit quelques années avant lui. Il est sensible que Selden, bien qu'il ait publié son traité après celui de Grotius, est véritablement son précurseur dans la chronologie rationnelle de la science.

CHAPITRE VIII.

GROTIUS. — DE JURE BELLI AC PACIS LIBRI TRES. — AVAIT ÉTÉ PRÉCÉDÉ PAR ALBÉRIC GENTILIS. — SON INFLUENCE.

Au commencement du dix-septième siècle, l'Europe était au milieu de son travail pour se constituer et s'asseoir sur ses fondements, pour conquérir les uns après les autres tous les droits de l'humanité, et les faire passer par la victoire dans une pratique puissante. Tous les états étaient en même temps occupés à débattre et à définir leur assiette politique, et tourmentés par des révolutions internes, religieuses et morales. Quel était l'agent de toutes ces choses, qui conquérait les droits, qui renversait les obstacles ? C'était la guerre, *bella, horrida bella*. Le mouvement était général, la lutte ardente, et le triomphe sanglant. Par les guerres extérieures et politiques, les états se constituaient ; par les guerres religieuses et civiles, la réforme protestante, et, ce qui vaut mieux, la liberté parvenait à se faire connaître et respecter de la religion catholique. Mais que ces droits précieux furent chèrement achetés ! Pendant le seizième siècle et la première moitié du dix-septième, l'Europe vécut pour ainsi dire dans

un camp et sous la tente pour conquérir sa civilisation, et les traités de Munster et de Westphalie ne vinrent qu'après la guerre de trente ans, qui ne nous apparaît plus aujourd'hui que comme un poëme héroïque où le génie moderne semble pour la dernière fois avoir quelque chose du moyen-âge sous la physionomie guerrière de Wallenstein et de Gustave-Adolphe.

Pourquoi, se sont demandé plusieurs, Grotius a-t-il intitulé son livre, dont plus de la moitié est consacrée à l'exposition du droit naturel, pourquoi l'a-t-il intitulé *de Jure belli?* Par une raison fort simple, c'est que la guerre était l'idée fondamentale de son livre. Le spectacle au milieu duquel il vivait lui avait inspiré le dessein d'écrire la théorie de ce droit de guerre dont l'Europe faisait un si terrible usage; contemporain de Tilly et de Mansfeld, il voulut faire intervenir le droit au milieu de ces capitaines : il atteignit son but, car son ouvrage fit les délices de Gustave-Adolphe. La guerre, la guerre, voilà ce qui l'a frappé, ce qui l'occupe; et quand il parle du droit naturel, même longuement, il semble toujours ne le traiter que par épisode et l'envelopper dans sa formidable unité *de Jure belli ac pacis*.

Où naquit Grotius, ce jurisconsulte européen? Dans la Hollande, terre d'industrie et de liberté, qui s'illustra au seizième et au dix-septième siècle

par sa résistance au despotisme de l'Espagne et à l'ambition de l'Angleterre et de Louis XIV, seul pays, avec l'Angleterre, où se pratiquaient les vertus politiques, république altière et mercantile, dont les citoyens se livraient, les uns au négoce, les autres à l'érudition. La Hollande donna donc à l'Europe Hugo Grotius[1], tout ensemble jurisconsulte, théologien, philosophe, historien et philologue. Théologien, il écrivit un traité de *la Vérité de la religion chrétienne*, et un commentaire sur le *Nouveau Testament*, qui furent considérés par son église comme à la fois profonds et orthodoxes. Philologue, il traduisit en latin *les Phéniciennes* d'Euripide, travailla sur Stace et Sénèque le tragique, donna des éditions de Stobée et de Lucain. Historien, il écrivit les *Annales*[2] de son pays, qui ne furent pas imprimées de son vivant. Jurisconsulte, il composa une *Introduction à la jurisprudence hollandaise*, illustra plusieurs endroits du droit romain, qu'il savait profondément, dans sa *Florum sparsio ad jus Justinianæum;* et enfin, dans son traité *de Jure belli ac pacis*, il fonda la science du *droit des gens*. On sait sa vie, ses amitiés avec Barneveldt, sa prison, le dévoue-

[1] Né en 1583, mort en 1645.

[2] Annales et historiæ de rebus Belgicis, ab obitu Philippi regis usque ad inducias anni 1609.

ment ingénieux qui lui procura la liberté. Il se réfugia en France, où il vécut environ dix ans dans le commerce de ce que la cour et la magistrature avaient de plus illustre, et où il composa son traité du Droit de la guerre et de la paix, qu'il dédia à Louis XIII. Oxenstiern le fit ambassadeur de Suède, et l'accrédita auprès de Richelieu; mais ces deux personnages se convinrent peu : c'étaient le despotisme et le droit en présence. Grotius demanda son rappel sous le ministère de Mazarin, et vint mourir en Allemagne après une route de mer qui l'avait exténué. Vivant, il fut admiré de l'Europe, courtisé par Oxenstiern et Christine, sollicité par Wallenstein d'écrire son histoire; mort, il fut estimé de Leibnitz.

S'il est sensible que Grotius n'écrivit sur la paix et sur la guerre qu'en raison de son temps, que provoqué par le spectacle qu'il avait sous les yeux, et s'il existe entre son époque et son livre une relation irrécusable, il n'en est pas moins vrai qu'il avait été précédé dans la carrière par un jurisconsulte du seizième siècle qu'il avait lu, qui a été cité par Bodin, dont de nos jours sir James Mackintosh a parlé pertinemment, par Albéric Gentilis [1]. Cet Italien, qui vécut long-temps en

[1] Né en 1551, mort en 1611.

Angleterre et professa à l'université d'Oxford, composa un traité *de Jure belli* dont le troisième livre est entièrement consacré au droit de la paix. En le parcourant, nous avons reconnu que Grotius lui avait effectivement emprunté plusieurs faits, plusieurs détails : comme Albéric Gentilis, Grotius a divisé son ouvrage en trois livres, mais là se borne toute la ressemblance. Albéric Gentilis entasse les faits et ne les juge pas, cite les textes et ne tente jamais leur appréciation philosophique. Cependant, comme un homme ne saurait écrire en faisant une entière abnégation de sa propre raison, on rencontre çà et là quelques lueurs de justice, d'équité et de jugement individuel. Mais ce qui domine, c'est l'empire absolu et l'autorité sans appel des faits et des textes.

Grotius, esprit étendu et juste, mêlait le bon sens à l'érudition; il n'offre pas la confusion indigeste de Bodin : il commence presque toujours par juger lui-même, et ce n'est guère qu'après le jugement instinctif de sa raison, qu'il appelle à son secours les faits et les textes. Mais il manque de cette sagacité subtile et pénétrante nécessaire aux investigations métaphysiques. « M. Grotius, « écrivait Leibnitz à Thomas Burnet, était d'un « très grand savoir et d'un esprit solide ; mais il « n'était pas assez philosophe pour raisonner avec « toute l'exactitude nécessaire sur des matières

« subtiles, dont il ne laissait pas d'écrire[1]. » En effet, ce jurisconsulte avait surtout un esprit tourné aux matières politiques et positives; son originalité est d'y avoir porté une raison indépendante et droite; il aperçoit en même temps que Selden la question du droit naturel : il la pose, la résout sans le secours de la théologie, et en se servant pour la première fois des seules lumières de l'esprit individuel.

Voici le début de Grotius : je me servirai de la traduction de Barbeyrac, bien que la lecture de l'original latin soit beaucoup plus attrayante : la latinité de Grotius est belle; ses citations vous promènent dans l'antiquité; mais l'usage de lire et de citer Grotius dans la traduction a prévalu.

« Un grand nombre d'auteurs ont entrepris de « commenter ou d'abréger le droit civil, soit que « l'on entende par là les lois romaines qui sont « ainsi appelées par excellence, ou bien celles de « chaque pays en particulier. Mais pour ce qui est « du droit qui a lieu entre plusieurs peuples, ou « entre les conducteurs des états, et qui est ou « fondé sur la nature, ou établi par les lois di- « vines, ou introduit par les coutumes, accom- « pagnées d'une convention tacite des hommes, « peu de gens se sont avisés d'en toucher quelque

---

[1] Œuvres de Leibnitz, édition Dutems, t. VI, 1re part., p. 271.

« matière ; il n'y a du moins personne qui l'ait « expliqué dans toute son étendue et en forme de « système. Cependant il est de l'intérêt du genre « humain que chacun puisse s'instruire là-dessus « dans quelque ouvrage de cette nature, etc. »

Ainsi Grotius a bien la conscience de faire pour la science et pour l'Europe quelque chose de nouveau, et il déclare « qu'il est d'autant plus « nécessaire de travailler sur un si vaste sujet, « qu'il y a eu autrefois, et qu'il y a même encore « aujourd'hui des gens qui méprisent cette sorte « de droit comme une vaine et pure chimère [1]. »

Il ouvre son livre par des prolégomènes où il cherche le principe même du droit : il le trouve dans ce fait observé, que l'homme est un animal sociable [2], et que sa raison le porte à vivre en société. « La sociabilité ou le soin de maintenir la « société d'une manière conforme aux lumières « de l'entendement humain est la source du droit « proprement ainsi nommé, et qui se réduit en « général à ceci : qu'il faut s'abstenir religieuse- « ment du bien d'autrui et restituer ce que l'on « peut en avoir entre les mains, ou le profit « qu'on en a tiré ; que l'on est obligé de tenir sa « parole ; que l'on doit réparer le dommage qu'on

[1] Prolégomènes.

[2] Dans l'antiquité, Aristote l'avait dit.

« a causé par sa faute; et que toute violation de « ces règles mérite punition, même de la part des « hommes [1]. »

Continuons. Ce n'est pas le fait pur de la sociabilité qui paraît être à Grotius le fondement du droit, car les animaux aussi sont sociables, mais c'est la sociabilité dirigée par les vues et les règles de la raison humaine. « De cette idée il en « naît une autre plus étendue, que l'on a ensuite « attachée au mot de droit. L'excellence de l'homme « par-dessus le reste des animaux consiste non-« seulement dans les sentiments de sociabilité « dont nous venons de parler, mais encore en ce « qu'il peut donner un juste prix aux choses « agréables ou désagréables, tant à venir que pré-« sentes, et discerner ce qui peut être utile et « nuisible. On conçoit donc qu'il n'est pas moins « conforme à la nature humaine de se régler, en « matière de ces sortes de choses, sur un juge-« ment droit et sain, autant que le permet la « faiblesse des lumières de notre esprit; de ne se « laisser ni ébranler par la crainte d'un mal à « venir, ni gagner par les amorces d'un plaisir « présent, ni emporter à un mouvement aveugle. « Ainsi ce qui est entièrement opposé à un tel « jugement est censé en même temps contraire

[1] Prolégomènes.

« au droit naturel, c'est-à-dire *aux lois de notre* « *nature*[1]. »

Il est clair que Grotius a une vue complexe, vague et confuse de la sociabilité et de la raison de l'homme. Quand il met le principe du droit dans la sociabilité, sa pensée n'est pas exacte : nous l'avons vu[2], la sociabilité n'est que la forme du droit et n'en est pas la racine. Mais quand il complète cette première notion, et qu'il mêle à la sociabilité la raison, on sent qu'il a entrevu confusément toute la réalité, la nécessité de fonder le droit dans la nature de l'homme : il parle des *lois de notre nature*. Quelles sont-elles ? Plus avancé dans la science que Bodin, il ne le sait pas plus que lui, mais il en parle et montre leur autorité avec une indépendance vraiment philosophique.

En effet, il affranchit nettement la jurisprudence de l'empire de la théologie, et il consomme l'entreprise que Selden avait commencée peut-être à son insu. « Tout ce que nous venons de dire sur la nature « du droit, continue Grotius, aurait lieu en quel- « que manière, quand même on accorderait, ce « qui ne se peut sans un crime horrible, qu'il n'y « a point de Dieu, ou s'il y en a un, qu'il ne s'in- « téresse point aux choses humaines[3]. » Qu'est-

[1] Prolégomènes.
[2] Chap. 1.
[3] Ibidem.

ce à dire? Le théologien Grotius veut-il isoler l'homme de Dieu, méconnaître l'autorité qu'exerce dans la vie humaine et dans l'histoire la religion, qui est la métaphysique des nations? Non, mais il veut dire simplement que, d'après la méthode naturelle de l'esprit, la notion du droit subsiste sans la notion théologique, et que scientifiquement le droit a une existence tout-à-fait indépendante.

Si le droit se distingue de la religion, il ne se confond pas non plus avec l'utile : « Ce que « disait Carneade, et ce que d'autres ont dit après « lui, Que l'utilité est comme la mère de la justice « et de l'équité, cela, dis-je, n'est pas vrai, à par- « ler exactement. Car la mère du droit naturel est « la nature elle-même, qui nous porterait à re- « chercher le commerce de nos semblables quand « même nous n'aurions besoin de rien; et la mère « du droit civil est l'obligation que l'on s'est im- « posée par son propre consentement; obligation « qui, tirant sa force du droit naturel, donne lieu « de regarder la nature comme la bisaïeule, pour « ainsi dire, du droit civil. Tout ce qu'il y a, c'est « que l'utilité accompagne le droit naturel; car « l'auteur de la nature a voulu que chaque per- « sonne en particulier fût faible par elle-meme, « et dans l'indigence de plusieurs choses néces- « saires pour vivre commodément, afin que nous

« fussions portés avec plus d'ardeur à entretenir « la société. C'est aussi l'utilité qui a donné l'occa- « sion aux lois civiles; car la confédération ou la « soumission à une autorité commune dont nous « venons de parler s'est faite originairement en vue « de quelque avantage. Outre que tout homme « qui prescrit des lois aux autres se propose, ou « du moins doit se proposer, quelque utilité qui « en revienne[1]. »

De ce point de vue, Grotius promène ses regards autour de lui : « J'ai remarqué de tous côtés « dans le monde chrétien une licence si effrénée « par rapport à la guerre, que les nations les plus « barbares en devraient rougir. On court aux « armes, ou sans raison, ou pour de très légers « sujets, et quand une fois on les a en main, on « foule aux pieds tout droit divin et humain, « comme si dès lors on était autorisé et ferme- « ment résolu à commettre toute sorte de crime « sans retenue[2]. » Voilà ce qui l'a déterminé à écrire sur la guerre et sur la paix. Puis, banni indignement de son pays, il ne croit pas pouvoir mieux mériter de la jurisprudence, dont il a fait sa perpétuelle étude. Il divise ainsi son ouvrage :

« Dans le premier livre, après avoir parlé de « l'origine du droit, j'examine la question géné-

---

[1] Prolégomènes.

[2] Ibidem.

« rale, *s'il y a quelque guerre qui soit juste?* En-
« suite, pour montrer la différence qu'il y a entre
« les guerres publiques et les guerres particu-
« lières, il a fallu rechercher l'étendue des pou-
« voirs des souverains; distinguer la souveraineté
« pleine et entière d'avec celle qui est limitée ou
« partagée; celle qui est accompagnée du pouvoir
« d'aliéner d'avec celle qui manque de ce pou-
« voir. Je traite là encore du devoir des sujets
« envers leur souverain.

« Je parcours dans le second livre toutes les
« causes d'où peut naître la guerre, et pour cet
« effet j'explique au long la nature des choses
« communes et des choses qui appartiennent en
« propre; les droits qu'une personne peut avoir
« sur une autre; les obligations qui résultent de
« la propriété des biens; l'ordre des successions à
« la couronne; les engagements des conventions
« et des contrats; la force et l'interprétation des
« traités et des alliances entre les peuples et les
« princes, comme aussi des serments tant publics
« que particuliers; la manière dont on doit ré-
« parer le dommage qu'on a causé; les priviléges
« des ambassadeurs; le droit de sépulture et la
« nature des peines.

« Dans le troisième et dernier livre, je fais voir
« d'abord jusqu'où l'on peut porter les actes
« d'hostilité. Je distingue ensuite ce qu'il y a là

« qui ne renferme effectivement rien de vicieux,
« d'avec ce qui n'emporte qu'une simple impu-
« nité, ou tout au plus une apparence de droit
« que l'on peut faire valoir auprès des nations
« étrangères, comme s'il était bien fondé à tous
« égards. Je parle enfin des diverses sortes de paix,
« et de toutes les conventions qui se font pendant
« la guerre[1]. »

Entrons en matière. Le droit se divise, aux yeux de Grotius, en droit naturel et en droit volontaire, que maintenant on a coutume d'appeler droit positif. Le droit naturel consiste « dans certains « principes de la droite raison qui nous font con- « naître qu'une action est moralement honnête, « déshonnête, selon la convenance ou la discon- « venance nécessaire qu'elle a avec une nature « raisonnable et sociable. » Le droit naturel est donc obligatoire, nécessaire et immuable. « Comme « il est impossible à Dieu même de faire que deux « fois deux ne soient pas quatre, il ne lui est pas « non plus possible de faire que ce qui est mau- « vais en soi et de sa nature ne soit pas tel[2]. »

Comment prouver qu'une chose est de droit naturel? De deux manières, *a priori* et *a posteriori*. « La première, qui est plus subtile et plus abs- « traite, consiste à montrer la convenance ou a

[1] Prolégomènes.

[2] Liv. 1, chap. 1 : Ce que c'est que la guerre et le droit.

« disconvenance nécessaire d'une chose avec une
« nature raisonnable et sociable, telle qu'est celle
« de l'homme. En suivant l'autre, plus populaire,
« on conclut, sinon très certainement, du moins
« avec beaucoup de probabilité, qu'une chose est
« de droit naturel, parce qu'elle est regardée
« comme telle parmi toutes les nations, ou du
« moins parmi les nations civilisées : *Car un fait
« universel supposant une cause universelle, une
« opinion si générale ne peut guère venir que de ce
« qu'on appelle le sens commun* [1]. » Ainsi, voilà dans
Grotius l'accord de la philosophie et de l'histoire.
Cette idée a toujours été dans la conscience de
chaque siècle : Bodin l'entrevoyait confusément;
elle est plus claire dans Grotius : Vico lui donnera
une empreinte durable; et après lui la philosophie
de la nature, en Allemagne, la reproduira sous
des formules rigoureuses.

Voilà pour le droit naturel. Le droit volontaire
est celui qui tire son origine de la volonté de
quelque être intelligent. Il se divise en droit divin
et droit humain. Le droit humain se partage en
droit civil et droit des gens. Quant au droit divin
volontaire « les termes seuls donnent d'abord à
« entendre que c'est celui qui doit son origine
« uniquement à la volonté de Dieu; par où on le

[1] Liv. 1, chap. 2 : Ce que c'est que la guerre et le droit.

« distingue du droit naturel, qui, comme nous « l'avons dit, peut aussi en un sens être qualifié « divin.... Or, ce droit divin a été établi, ou pour « tout le genre humain, ou pour un seul peuple. « Nous trouvons que Dieu a publié des lois pour « tout le genre humain à trois diverses reprises, « savoir, immédiatement après la création, puis « après le déluge, enfin sous l'évangile. Ces trois « sortes de lois divines obligent sans contredit « tous les hommes, du moment qu'elles sont suf- « fisamment venues à leur connaissance. De tous « les peuples, il n'y en a qu'un seul à qui Dieu ait « daigné donner des lois en particulier : c'est le « peuple hébreu, etc.[1] » Ici Grotius confondait la religion avec le droit, et n'en distinguait plus nettement les différences et les rapports.

Après cette théorie du droit, Grotius examine si la guerre peut être quelquefois juste; il affirme que la guerre n'est pas défendue par le droit naturel ou le droit des gens, non plus que par le droit divin arbitraire, c'est-à-dire par la religion révélée. La guerre se divise en publique, privée et mixte. Comme une guerre publique ne saurait se faire que par l'autorité du souverain, il devient nécessaire de définir la souveraineté. Or, la puissance souveraine est celle dont « les actes sont

[1] Liv. 1, chap. 1 : Ce que c'est que la guerre et le droit.

« indépendants de tout autre pouvoir supérieur, « en sorte qu'ils ne peuvent être annulés par au- « cune autre volonté humaine[1]. » Cela rappelle la définition de Bodin. Ici, théorie de la souveraineté d'après l'autorité des faits généralement reconnus en Europe. Les sujets peuvent-ils faire la guerre à leur souverain? Grotius reproduit la solution du christianisme qui défend de s'armer contre les puissances; il montre la conduite qu'on doit tenir envers un usurpateur, et ses distinctions diffèrent un peu de celles de Bodin.

Le second livre commence par l'énumération des causes de la guerre. On y lit qu'il n'est pas permis d'attaquer un état par cela seul qu'il est trop puissant. Après avoir parlé des injures dont on est menacé, en tant qu'elles fournissent un juste sujet de guerre, le jurisconsulte passe aux injures déjà reçues, et premièrement à celles qui regardent ce qui est *nôtre*. Voilà le lien de transition par lequel il arrive à la propriété; il est faible: de là tous les épisodes que Grotius a jeté dans son traité de la guerre, et qui remplissent le second livre.

Quelle fut l'origine du droit de propriété? Primitivement tout était en commun, et comme cette communauté ne put durer, il y eut une conven-

---

[1] Liv. 1, chap. 3.

tion parmi les hommes pour que chacun commençât à posséder pour lui. « Il paraît que les « choses n'ont pas commencé à passer en propriété « par un simple acte intérieur de l'âme, puisque « les autres ne pouvaient pas deviner ce que l'on « pouvait s'approprier, pour s'en abstenir eux« mêmes, et que d'ailleurs plusieurs auraient pu « vouloir en même temps une même chose ; mais « cela s'est fait par une convention, ou expresse, « comme lorsqu'on partageait des choses qui « étaient auparavant en commun, ou tacite, « comme quand on s'en emparait : car du moment « qu'on ne voulut plus laisser les choses en com« mun, tous les hommes furent censés et durent « être censés avoir consenti que chacun s'appro« priât par droit de premier occupant ce qui n'au« rait pas été partagé [1]. » Il est inutile d'insister pour montrer que la fiction d'une convention est inutile à l'origine et au fondement du droit de propriété. Pourquoi l'homme est-il propriétaire ? Parce qu'il est intelligent, libre et personnel [2]. De l'origine de la propriété, Grotius passe à l'acquisition primitive et à l'acquisition dérivée. Ici théorie de l'usucapion et de la prescription. Voilà pour les choses. Quant aux personnes, il y a, dit Grotius, trois manières d'acquérir originairement un

---

[1] Liv. 2, chap. 2.

[2] Voyez chap. 1.

droit sur les personnes, savoir, la génération, le consentement, et le délit ou crime. Avec cette division, il parcourt successivement la famille et l'état, fait la théorie des obligations, parle des promesses, des contrats, du serment, de l'obligation qui résulte d'un dommage injustement causé, des droits des ambassadeurs, du droit de sépulture [1], de la pénalité; et enfin il revient à la guerre. Suivre Grotius dans tous ces détails serait infini; cependant ce qu'il dit sur la pénalité veut être remarqué. Il adopte la belle théorie de Platon [2] qui puise le droit de punir dans la nécessité de l'expiation pour le coupable, et de l'exemple pour les autres, et qui considère surtout la peine comme une purification morale; mais il la complète par la vue de l'utilité sociale: « Il faut dire, à mon avis, « que dans toute punition on a en vue le bien du « coupable même, ou l'utilité de celui qui avait « intérêt que le crime ne fût pas commis, ou enfin « l'avantage de tout le monde généralement [3]. » Il est loin de proscrire d'une manière absolue la peine de mort, mais il demande aux puissances chrétiennes de la supprimer dans certain cas, et de la remplacer par des travaux aux ouvrages

---

[1] On verra combien ce que Grotius dit du droit de sépulture a dû frapper Vico.

[2] Voyez le Gorgias.

[3] Liv. 2, c. 20.

publics. Ce qu'il dit sur la proportion des peines est excellent. « Il paraît, par ce que nous avons « dit ci-dessus, que dans toute punition on a égard « à deux choses, à la *raison pourquoi* on punit, et « au *but* que l'on se propose en punissant. La « raison pourquoi on punit, c'est que le coupable « le mérite. Le but que l'on se propose en punis- « sant, c'est l'utilité qui peut revenir de la puni- « tion...... Pour savoir jusqu'où un coupable mé- « rite d'être puni, il faut examiner, 1° le motif qui « l'a porté au crime; 2° le motif qui aurait dû l'en « détourner; 3° et enfin la disposition qu'il avait « ou à s'en abstenir, ou à le commettre[1]. » Puis il établit qu'à moins de fortes et de pressantes raisons de punir sévèrement, on doit pencher plutôt à adoucir la peine. C'est ainsi que Grotius était, au dix-septième siècle, le précurseur de Montesquieu, qui considérait la douceur des peines et l'humanité comme un progrès des états et des sociétés.

La fin du second livre et le troisième sont entièrement consacrés à la guerre. Grotius y traite des causes injustes et douteuses de la guerre; de la gravité des délibérations avant de s'y engager; des ruses qu'elle autorise; des droits qu'elle donne, comme de tuer l'ennemi, de ravager et de piller

---

[1] Lib. 1, cap. 20.

ce qui lui appartient; de la souveraineté dont elle investit le vainqueur sur le vaincu. Toujours un esprit de mansuétude et d'humanité anime ses théories; il enseigne en toute chose la modération[1], et termine son livre par une exhortation à garder la foi et à rechercher la paix : « Veuille le Seigneur, qui seul le peut, graver toutes « ces maximes dans le cœur des puissances chré« tiennes, leur donner l'intelligence du droit divin « et humain, et disposer leurs esprits de telle ma« nière qu'elles pensent toujours que Dieu les a « établies ses ministres pour gouverner des hom« mes, c'est-à-dire des créatures qui lui sont très « chères. »

Telles furent les dernières paroles de Grotius; elles retentirent en Europe. Son livre fut reçu avec vénération et enthousiasme; il fut le fondement d'une science nouvelle, de la science *du droit naturel et des gens;* on l'enseigna dans toutes les universités; on l'imprima, on le commenta comme un ancien[2]. Si l'on demandait quels résultats positifs la science du droit philosophique doit aujourd'hui à Grotius, on serait embarrassé de les montrer; mais dans son siècle il a imprimé une impulsion puissante à la jurisprudence, a posé le premier la question du droit naturel, l'a

[1] Voyez les chap. 11, 12, 13, 14, 15 et 16 du 3e livre.
[2] Voyez Bayle, *verbo* Grotius.

séparée nettement de la théologie ; enfin, le premier, il a tenté une théorie générale du droit. Voilà pour la philosophie du droit. Quant à la science du droit des gens, son livre fut le manuel des publicistes, des ministres et des rois. Grotius succéda à Bodin en l'effaçant, ne fut éclipsé que par Montesquieu, et éleva à son apogée la science du droit et l'influence des jurisconsultes, que devaient bientôt supplanter les philosophes. Par l'alliance timide encore et plus instinctive que réfléchie de la philosophie et de l'histoire, il se fit l'homme de la science politique au commencement du dix-septième siècle, et la postérité a confirmé le mot prophétique de Henri IV, quand le jeune Hugues de Groot fut dans sa jeunesse produit à la cour de France : *Voilà le miracle de la Hollande.*

CHAPITRE IX.

PUFENDORF. — SUCCESSEUR MÉDIOCRE DE GROTIUS. — JUGEMENT DE LEIBNITZ.

L'Allemagne n'a point encore paru dans cette revue de la science et de son histoire. Son génie patient et profond fut lent à se développer, et en toutes choses l'Allemagne a paru la dernière dans les luttes et dans les travaux de l'intelligence européenne. Leibnitz et Kant ne sont venus qu'après Descartes; Schiller et Goethe, qu'après Shaskespeare et Racine; et dans la science du droit ce n'est qu'au dix-septième siècle que l'Allemagne a pris un rôle original. C'est que ce pays avait fort à faire pour avancer son éducation moderne: l'Allemagne n'avait pas eu, comme la France et l'Italie, le secours de la civilisation romaine, ni, comme l'Angleterre, le levier puissant des institutions politiques. Seule, livrée à elle-même, la patrie d'Arminius, dont la barbarie naïve et vigoureuse avait régénéré l'Europe, se trouva toute neuve et toute ignorante en face du christianisme et des mœurs romaines. Le génie allemand, avec sa poésie et ses profondeurs, s'accommòda bien de la religion chrétienne et de sa théologie; il y

puisa entièrement sa nourriture morale et sa culture intellectuelle : voilà pourquoi l'Allemagne fut le peuple par excellence du moyen âge, et en montre encore aujourd'hui la vive empreinte dans sa poésie, ses arts, sa religion, ses mœurs et sa littérature. Et cependant ce moyen âge, qui portait, pour ainsi dire, sur son écusson les couleurs germaniques, devait recevoir de l'Allemagne elle-même le coup terrible de la réforme ; opposition singulière qui s'explique pourtant par la nature du génie national. Un célèbre historien [1] a remarqué que le goût de l'indépendance individuelle, le sentiment de la personnalité libre, avaient été introduits dans la civilisation européenne par les races germaniques. Or, l'Allemagne ne dépouilla jamais cette indépendance ; elle employa successivement son individualité et son énergie à adorer le moyen âge et son autorité, puis à l'ébranler. C'était le même caractère qui persistait : de la liberté instinctive des mœurs, elle voulut passer à la liberté réfléchie de la pensée, et finit par la donner à l'Europe. La réforme religieuse naquit en Allemagne, qui fut vraiment son théâtre et son champ de bataille, et produisit ses plus profonds théologiens et ses plus héroïques guerriers.

Luther fut sans doute le précurseur de Descar-

---

[1] M. Guizot.

tes, de Kant et de Voltaire; mais la révolution à laquelle il a donné son nom n'exerça pas une influence immédiate sur les sciences morales et philosophiques. L'esprit d'examen s'arrêta quelque temps à la théologie avant de passer dans la philosophie et la jurisprudence. Cependant quelques circonstances extérieures facilitèrent en Allemagne la connaissance de l'école française du seizième siècle; indépendamment de la publication des ouvrages, il y eut des migrations de savants. Plusieurs jurisconsultes de la religion réformée, ou seulement soupçonnés d'hérésie, parmi lesquels Doneau et Dumoulin, passèrent en Allemagne, et y portèrent les disciplines de l'école française, comme Alciat avait apporté en France l'éclat de l'école italienne.

Quel était alors l'état de la jurisprudence en Allemagne? Depuis le douziéme siècle le droit romain y était étudié avec ardeur: dès cette époque de rénovation, les jeunes Allemands furent en majorité dans les universités de Bologne, de Padoue, de Pise et de Pavie; ils remplissaient les auditoires des chaires d'Italie, et bientôt l'Allemagne eut dans son sein des professeurs et des écoles. D'un autre côté, la jurisprudence pratique et la législation se confondant presque entièrement avec la théorie, le droit romain devint le droit commun, qui, partagé en droit privé et en

droit public, offrait le mélange de quelques coutumes et lois germaniques et des doctrines romaines accommodées aux mœurs et aux besoins de l'Allemagne et de l'empire. Au seizième siècle, Cujas et Doneau furent étudiés par nos voisins, qui comptaient à cette époque même parmi leurs jurisconsultes, Sichard, premier éditeur du code théodosien, Haloander, qui perfectionnait les travaux de Politien; vinrent après eux Wan-Giffen (Giphanius), Rittershausen, Forster. Au dix-septième siècle, nous rencontrons Brunnemann, Strauch, Schilter, Struve. Mais parmi ces hommes remarquables il n'y en a point d'original et de puissant; pas de Cujas, pas de Grotius.

Un homme se présente au dix-septième siècle, peu digne par lui-même du bonheur de sa position : c'est Samuel Pufendorf[1]. Il succédait à Grotius. Quelle fortune! Grotius avait fondé la science du droit naturel et des gens; il avait posé les questions avec vigueur et bon sens, et s'il avait parfois trébuché dans la carrière, si dans son intuition complexe et confuse de la sociabilité et de la raison de l'homme il avait manqué d'une analyse rigoureuse, toujours il avait frayé la route et préparé les travaux qui devaient surpasser les siens.

Pufendorf occupa le premier la chaire de droit

[1] Né en 1631, mort en 1694.

naturel et des gens, fondée à Heidelberg par l'électeur palatin Charles-Louis; il y monta le livre de Grotius à la main. Il avait auparavant publié des *Éléments de jurisprudence universelle*, où il eut la prétention de déduire, à la façon des géomètres, les principes de la morale et de la jurisprudence; ouvrage sec et médiocre. Nommé professeur, il composa dans la suite son traité *Du droit de la nature et des gens;* plus tard il en fit lui-même l'abrégé dans un petit ouvrage intitulé *Des devoirs de l'homme et du citoyen*. Citons encore son *Introduction à l'histoire générale et politique de l'Europe*, compilation indigeste où ne pénètre jamais la lumière. Enfin, travailleur consciencieux, mais intelligence épaisse, le baron de Pufendorf, que le temps avait placé entre Grotius et Leibnitz, ne dut qu'à sa position un renom passager. Venu à une de ces époques heureuses qui veut des saillies, des élans, quelque chose d'insolite et de grand, il ne sut que développer une imperturbable médiocrité. Leibnitz a prononcé sur Pufendorf cet anathème: *Vir parum jurisconsultus, et minime philosophus.*

Bühle, dans son *Histoire de la philosophie*, commet une erreur grave quand il attribue à Pufendorf la gloire d'avoir séparé le droit naturel de la théologie: c'est Grotius qui l'a fait, et Pufendorf n'est venu qu'après lui prendre sa solution,

et l'embrouiller souvent, loin de la mieux édifier. On va voir jusqu'où Pufendorf poussait la confusion dans ses idées.

Grotius avait eu pour contemporain, Hobbes [1], pur méthaphysicien, et qu'en cette qualité nous avons dû passer sous silence. Les ouvrages de ce grand logicien, qui avait mêlé ensemble la doctrine d'un contrat primitif et un matérialisme rigoureux, agitaient vivement les esprits. Pufendorf les étudia en même-temps que le livre de Grotius, et il laissa se faire dans sa tête une étrange confusion de Grotius et de Hobbes, qui à coup sûr se ressemblent peu; si bien qu'en le suivant à travers les embarras, les incertitudes et les inconséquences de sa pensée, on le voit toujours, sans force et sans décision, flotter entre le jurisconsulte hisotrien et le sardonique auteur du *Leviathan*.

Il débute par un galimatias bizarre sur les êtres moraux, qui sont à ses yeux « certains modes que « les êtres intelligents attachent aux choses natu- « relles ou aux mouvements physiques, en vue de « diriger et de restreindre la liberté des actions « volontaires de l'homme, et pour mettre quel- « que ordre, quelque convenance et quelque beauté « dans la vie humaine [2]. » Si ces mots ont un sens

[1] Né en 1588, mort en 1679.

[2] Du droit de la nature et des gens, liv. 1, ch. 1.

quelconque, ne faut-il pas en induire que Pufendorf reconnaissait que la morale préexistait par elle-même, indépendamment des conventions humaines? Point; il affirme plus loin « qu'afin que « le système du droit naturel puisse remplir l'idée « d'une véritable science, il n'est pas nécessaire « de poser, comme font quelques-uns, qu'il y ait « des choses honnêtes ou déshonnêtes par elles-« mêmes, sans aucune *institution;* qu'en effet, « l'honnêteté et la déshonnêteté morale étant de « certaines propriétés des actions humaines qui « résultent de la convenance ou de la disconve-« nance de ces actions avec une certaine règle ou « avec la loi, et la loi étant une ordonnance d'un « supérieur par laquelle, ou il prescrit, ou il dé-« fend quelque chose, on ne voit pas comment on « pourrait concevoir l'honnête ou le déshonnête « avant la loi ou *l'institution* du supérieur [1]. » Enfin, qu'est-ce donc que la conscience pour Pufendorf? La définition est curieuse : « La conscience est le « jugement intérieur que chacun porte des ac-« tions morales, en tant qu'il est instruit de la « loi et qu'il agit comme de concert avec le légis-« lateur dans la détermination de ce qu'il faut « faire ou ne pas faire [2]. » Ainsi, dans un pays où il n'y aurait pas de législation sur telle ou telle

[1] Liv. 1, ch. 2.
[2] Liv. 1, ch. 3.

matière, les hommes n'auraient pas de conscience. Voilà comment Pufendorf, entre Hobbes et Grotius, auquel il emprunte le principe de la sociabilité, fléchit et s'égare à chaque pas.

Dans le premier et le second livre, il expose sa philosophie morale; dans le troisième, la théorie des obligations; dans le quatrième, la propriété, les testaments, les successions ab intestat, la prescription; dans le cinquième, le prix des choses, les conventions qui supposent le prix et leurs différentes espèces; dans le sixième, le mariage, le pouvoir paternel, et les droits des maîtres sur leurs serviteurs ou sur leurs esclaves; dans le septième, le droit politique, les différentes espèces de gouvernements, la théorie de la souveraineté; dans le huitième et dernier, les parties principales de la souveraineté, le droit de faire des lois, la guerre et la paix. On voit partout que, sans Grotius, Pufendorf n'eût pas écrit; et, dans ses dissentiments avec son devancier, rarement il a l'avantage, qui est comme un devoir quand on vient le second.

Plusieurs années après la mort de Pufendorf, Leibnitz fut consulté par un de ses amis sur le mérite philosophique des doctrines de ce publiciste, et lui répondit par un petit écrit intitulé *Monita quædam ad Samuelis Pufendorfii principia*, dans lequel il adresse au successeur de Grotius

trois reproches fondamentaux. D'abord il déclare que Pufendorf n'a pas donné un véritable traité du droit naturel à l'Europe, qui l'attend encore. « Optarem tamen exstare aliquid firmius et effi-« cacius, quod lucidas fecundasque definitiones « exhibeat, quod ex rectis principiis conclusiones « veluti filo deducat, quod fundamenta actionum « exceptionumque naturæ validarum omnium or-« dine constituat, quod denique scientiæ alumnis « certam rationem præbeat prætermissa supplendi, « oblatasque quæstiones per se decidendi[1]. » Un tel ouvrage, continue Leibnitz, n'existe pas; l'incomparable Grotius et le profond Hobbes eussent pu le faire, si l'un n'en eût été détourné par les occupations et l'activité de sa vie, et si l'autre n'en eût été empêché par les mauvais principes de sa philosophie, qu'il a toujours suivis avec une logique si constante : « Hic vero prava consti-« tuisset principia, iisque nimis constanter insti-« tisset[2]. »

La première critique dirigée contre Pufendorf par Leibnitz, c'est d'avoir renfermé la science du droit naturel et son but dans le cercle de cette vie, de penser que le droit naturel ne s'occupe que de l'homme sur la terre, comme animal rationnel et terrestre, abstraction faite de toute

---

[1] Œuvres de Leibnitz, édit. Dutens, t. IV, 3e part., p. 275.
[2] Ibidem, p. 276.

autre destinée. Leibnitz veut que le droit naturel comprenne dans sa généralité, non-seulement l'homme pris dans sa vie positive et terrestre, mais l'homme avec toutes ses facultés, avec les idées qui l'appellent à la religion et à une autre destinée. « Neque enim dubitari potest, rectorem « universi sapientissimum eumdemque potentis- « simum, bonis præmia, malis pœnas destinasse, « et exequi destinata in futura vita, quando in « hac præsente pleraque impunita impensataque « transmitti constat. Itaque negligere hic futuræ « vitæ curam, quæ cum providentia divina inse- « parabiliter connexa est, et contentum esse in- « feriore quodam juris naturæ gradu, qui etiam « apud atheum valere possit (de quo alias dixi), « est scientiam pulcherrima sui parte mutilare, et « multà hujus quoque vitæ officia tollere[1]. » Comprenons bien la pensée de Leibnitz. Il ne va pas à l'encontre de ce que nous avons signalé dans Grotius, que la notion du droit peut se passer de la notion théologique, et s'obtenir même chez un athée; mais Leibnitz pense que, dans la réalité complète du droit naturel, l'homme doit être pris tout entier, idées et facultés; qu'il porte avec lui la notion de la divinité, qu'inévitablement la no-

---

[1] Œuvres de Leibnitz, édit. Dutens, t. IV, 3e part., p. 276.

tion du divin est toujours regardée comme la notion de cause; qu'il suit nécessairement que la notion du juste, bien qu'on puisse la distinguer et la prendre ainsi d'une manière abstraite, cependant, dans la vérité complète des choses, n'est que la conséquence et une face de la divinité. Voilà la pensée de Leibnitz; on pourrait la commenter avec ces magnifiques paroles de Bossuet: « La justice, leur commune amie, les avait unis; « et maintenant ces deux ames pieuses, touchées « sur la terre du même désir de faire régner les « lois, contemplent ensemble à découvert les lois « éternelles d'où les nôtres sont dérivées; et si « quelque légère trace de nos faibles distinctions « paraît encore dans une si simple et si claire « vision, elles adorent Dieu en qualité de justice « et de règle. »

Par une conséquence naturelle, Leibnitz n'admet pas cette autre proposition de Pufendorf, que le droit ne s'occupe que des actions purement extérieures, que nos pensées, et que tout ce qui se passe dans l'intimité de notre conscience, ne relèvent pas du droit. « Itaque neque illud admit« tendum est, quod insinuat auctor, quæ intra « pectus latitant, nec foris prorumpunt, ad jus « naturæ non pertinere; qua ratione ex mutilato « fine juris naturæ, etiam objectum ejus nimis

« contrahi manifestum est [1]. » Ici, distinguons nettement le droit et la loi, la moralité et la légalité; peut-être Leibnitz n'a-t-il pas fait assez clairement la distinction. Quand Pufendorf a écrit que le droit ne tombait que sur nos actions extérieures, il y a eu confusion dans sa tête: il n'a pas vu la distinction du droit et de la loi, ou plutôt, comme il ne voyait dant la loi que la volonté du supérieur, il est évident que, s'il confond le droit avec la loi, le droit à ses yeux ne doit tomber que sur nos actions extérieures. Or, Leibnitz a raison de lui dire que le juste, que le droit tombe sur nos pensées, parce qu'il tombe dans la moralité, et par conséquent dans ce qui est intime et dans le for intérieur. Mais Pufendorf a raison sous le rapport de la légalité, qu'à chaque instant il confond avec la moralité même. Or, la moralité a sa base dans le principe du juste : elle est intérieure, profonde et psychologique; mais la légalité, qui n'exprime et ne déclare obligatoire qu'une partie de la moralité, et même la contrarie quelquefois, ne tombe que sur les actes extérieurs. Pufendorf a donc raison sur la légalité, mais il a tort sur la moralité; et Leibnitz, qui rétablit la nature de la moralité, ne l'a pas distinguée assez nettement de la légalité.

---

[1] OEuvres de Leibnitz, édit. Dutens, t. IV, 3e part., p. 277.

Moralité, légalité, c'est pour n'avoir pas vu ces choses, c'est pour avoir toujours confondu la conscience et la loi, le juste et le légal, que Pufendorf est tombé dans ces erreurs. Il a mal lu Grotius, il a mal lu Hobbes, et les a mêlés tous les deux.

Le dernier reproche adressé par Leibnitz à Pufendorf tombe sur cette singulière définition de la loi qui ne serait autre chose que la volonté arbitraire du supérieur. « Quæ si admittimus, « nemo sponte officium faciet; immo nullum erit « officium, ubi nullus est superior qui necessita- « tem imponat; neque erunt officia in eos qui su- « periorem non habent. Et quum auctori officium « et actus a justitia præscriptus æque late pateant, « quia tota ejus jurisprudentia naturalis in officii « doctrina continetur, consequens erit, omne jus « a superiore decerni[1]. » Leibnitz ne se laisse pas toucher davantage par cet amendement, qui veut établir que, Dieu étant le supérieur de toute chose, la loi se trouve être, dans sa plus haute expression, l'effet de la volonté arbitraire de Dieu. Il déclare que c'est errer que de voir la notion du droit dans la volonté arbitraire de Dieu. La justice remonte plus haut: elle a sa source dans la nature nécessaire et l'essence de Dieu ; elle ne

[1] Œuvres de Leibnitz, édit. Dutens, t. IV, 3e part., p. 279.

dépend pas de son libre arbitre, s'il est permis de parler ainsi, mais des éternelles vérités qui sont contenues dans son intellect. La justice ne serait plus un attribut essentiel de Dieu si elle dépendait de sa volonté arbitraire, et elle est aussi nécessaire et immuable que les principes des mathématiques et de la géométrie. « Neque ipsa « norma actionum aut natura justi a libero ejus « decreto, sed ab æternis veritatibus divino intel- « lectui objectis pendet; quæ ipsa, ut sic dicam, « divina essentia constituuntur, meritoque a « theologis auctor reprehensus est, quando con- « trarium defendit; credo, quod pravas conse- « quentias non perspexisset. Neque enim justitia « essentiale Dei attributum erit, si ipse jus et jus- « titiam arbitrio suo condidit. Et vero justitia « servat quasdam æqualitatis proportionalitatis- « que leges, non minus in rerum immutabilitate « divinisque fundatas ideis, quam sunt principia « arithmeticæ et geometriæ[1]. »

C'est ainsi que Leibnitz ruine dans ses fondements le frêle édifice de Pufendorf. Mais, tout en reconnaissant que ce publiciste n'a rien établi, pouvons-nous du moins trouver juste et raisonnable l'influence qu'il a exercée de son temps. Est-il digne de la grande estime dont il a joui?

---

[1] Œuvres de Leibnitz, édit. Dutens, t. IV, 3[e] part., p. 279.

Non; il a régné parce qu'il n'eut pas de compétiteur. Son traité du *Droit de la nature et des gens* est indigeste et dénué de toute critique. Comme Grotius, il invoque les autorités; mais son érudition est d'emprunt. Il ignorait l'esprit de l'antiquité, ne sentait pas plus le génie grec que le génie romain, n'avait aucun des instincts de l'historien. On se le figure compilant Albéric Gentilis, Grotius, Hobbes, sans aucune supériorité de critique et de juge; tête faible qui n'a ni cette capacité étendue qui comprend, ni ce moule puissant dont on tire des empreintes durables et des représentations vivantes.

CHAPITRE X.

LEIBNITZ CONSIDÉRÉ COMME JURISCONSULTE.

Dans la dernière moitié du dix-septième siècle, un jeune homme demanda à l'université de Leipsick une dispense d'âge pour être promu au grade de docteur en droit : il n'avait que vingt ans. Mais le doyen lui opposa un refus opiniâtre [1]. Le jeune candidat en fut fort piqué, se rendit à l'université d'Altorf, qui lui accorda la dispense, le reçut docteur, sur une thèse intitulée *de Casibus perplexis in jure*, qu'il soutint avec éclat, et lui offrit même sur-le-champ une place de professeur *extraordinaire*. Mais le nouveau docteur aima mieux se rendre à Nuremberg, où il ouït parler d'une société de gens qui travaillaient dans un grand secret à la recherche de la pierre philosophale. Pour s'y faire admettre, il imagina d'extraire des livres des plus célèbres chimistes et alchimistes les termes les plus obcurs, et d'en composer une lettre qu'il n'entendait pas lui-même. Son succès fut complet ; il fut reçu avec acclamation. Quel-

[1] Voyez Fontenelle, et la vie de Leibnitz par le chevalier de Jaucourt.

ques affaires avaient amené à Nuremberg le baron de Boinebourg, chancelier de Jean-Philippe de Schonborn, alors électeur de Mayence, homme qui aimait avec ardeur et franchise les sciences et les lettres. Le hasard lui fit rencontrer le jeune docteur alchimiste; il le prit à gré, l'engagea à retourner à l'histoire et à la jurisprudence, à se rendre à Francfort-sur-le-Mein, séjour qui les rapprochait l'un de l'autre, lui promettant ses bons offices auprès de l'électeur de Mayence. Il le persuada, et, en 1667, ce jeune homme, qui n'est autre que Leibnitz, commença à Francfort sa carrière littéraire par la publication d'une méthode pour apprendre et enseigner la jurisprudence, *Nova methodus discendæ docendæque jurisprudentiæ*. Un an après, il fit paraître un plan complet de codification sur le corps de droit romain, *Corporis juris reconcinnandi ratio*.

Tels furent les commencements de Leibnitz; c'est de là qu'il est parti pour embrasser toutes les sciences, pour se montrer à la fois théologien, jurisconsulte, métaphysicien, géomètre, mathématicien, mécanicien; pour découvrir en même temps que Newton le calcul différentiel, pour travailler à concilier Aristote et Platon, Luther et Bossuet. Malheureusement la jurisprudence ne l'occupa qu'au début de sa carrière, et plus tard ne fut plus pour lui qu'un épisode et une distrac-

tion; mais cependant elle s'est enrichie des essais du jeune homme et des loisirs du savant : Leibnitz n'a fait qu'y passer, et il l'a réformée et agrandie.

En étudiant les œuvres juridiques de Leibnitz, nous l'avons trouvé tour à tour considérant la source philosophique du droit, traçant une méthode pour étudier et enseigner la jurisprudence, puis esquissant un plan de *codification*, enfin, jugeant mieux qu'aucun moderne l'originalité et le caractère du droit romain [1].

---

[1] Voyez, pour les œuvres juridiques de Leibnitz, le tome IV de l'édition Dutens, 3e part. ; elles sont précédées d'une préface curieuse de J. B. Bon. En voici la suite :

Specimen difficultatis in jure, seu dissertatio de casibus perplexis.

Specimen difficultatis in jure, seu quæstiones philosophicæ amæniores ex jure collectæ.

Specimen certitudinis, seu demonstrationum in jure exhibitum in doctrina conditionum.

Nova methodus discendæ docendæque jurisprudentiæ, cum præfatione Christiani L. B. de Wolf.

Epistola ad amicum, de nævis et emendatione jurisprudentiæ romanæ.

Ratio corporis juris reconcinnandi.

XV Epistolæ ad Henricum Ernestum Kestnerum.

Observationes de principio juris.

Monita quædam ad Samuelis Pufendorfii principia.

Epistola ad D. Blumium qualem Leibnitius historiam juris canonici exoptet, indicans.

Extrait d'une lettre sur l'auteur du livre intitulé « Cautio criminalis circa processus contra sagas. »

G. G. Leibnitii de suo codice juris gentium diplomatico monitum.

Dissertatio I de actorum publicorum usu, atque de principiis

Quelle est, pour Leibnitz, la source du droit? C'est Dieu. « Deum esse omnis naturalis juris auc« torem verissimum est, at non voluntate, sed « ipsa essentia sua qua ratione etiam auctor est « veritatis [1]. » Et ailleurs : « Notio certe justi non « minus quam veri ac boni ad Deum pertinet, « immo ad Deum magis, tanquam mensuram « cæterorum. » Ainsi la justice veut être ramenée à Dieu, le juste au divin. Puis nous avons vu Leibnitz déclarer que Dieu est juste par essence, qu'il y a pour lui nécessité d'être juste. Ainsi, nécessité de la justice, qui n'est que la conséquence du droit divin, voilà son ontologie. Quand ensuite il considère la justice en elle-même, elle lui apparaît sous les traits de la charité, de la bienveillance universelle. Il définit la justice, l'amour dans le sage, l'amour rationnel et éclairé, et di-

---

juris naturæ et gentium primæ codicis gentium diplomatici parti præfixa.

Dissertatio II de eadem materia secundæ codicis gentium diplomatici parti præfixa.

Cæsarini Furstenerii tractatus de jure suprematus ac legationum principum Germaniæ.

Cogitationes de iis quæ juxta præsens jus gentium requiruntur.

Brevis deductio sistens discrimen, quod intercedit inter vexillum seu bannerium imperii primarium, et vexillum conflictus Wurtenbergicum.

Specimen demonstrationum politicarum pro eligendo rege Polonorum.

[1] Voyez Observationes de principio juris, p. 273, t. IV, édition Dutens, 3ᵉ part.

vise le droit naturel de cette façon : le juste peut se réduire à ce qui est rigoureusement obligatoire : c'est le droit étroit; s'il s'agrandit, l'équité paraît, qui non-seulement ne blesse personne, mais rend à chacun ce qui lui appartient; enfin, dans sa plus haute formule, la justice devient la piété, le culte de toutes les vertus. Droit étroit, équité, piété, voilà les trois divisions principales du droit. Il y a là plus d'étendue que d'analyse. Il rattache ses divisions à la définition si connue de la justice, *neminem lædere, suum cuique tribuere, honeste vivere*. *Honeste* comprend le culte des vertus morales s'élevant aux vertus religieuses sous l'inspiration du christianisme[1].

De cette vue philosophique sur la nature du droit, nous allons à la méthode. Leibnitz avait vingt-deux ans quand, à Francfort, il fut vivement sollicité par ses amis de donner comme un échantillon de la trempe de son esprit, et il écrivit sa *Nova methodus* à la hâte, sans loisir et presque sans livres. Ce morceau mérite l'attention par sa valeur intrinsèque et par sa valeur historique. Nous verrons plus loin Leibnitz, dans la maturité de son génie, déclarer que cette ébauche, faite dans sa jeunesse, renferme plusieurs choses dont il ne se dédit pas; puis sa *Nova me-*

---

[1] Voyez Dissertatio I de actorum publicorum usu, etc., t. IV, part. 3, p. 295, édition Dutens.

thodus, par ses longues énumérations d'auteurs et d'historiens, offre le tableau complet de l'état académique de l'Allemagne dans la dernière moitié du dix-septième siècle, et a fondé ce qu'on appelle en Allemagne la *Méthodologie* ou l'*Encyclopédie du droit*. C'est depuis Leibnitz et ses vastes classifications que les universités allemandes ont consacré des cours particuliers à l'étude de la méthode[1].

Après une première partie consacrée à la science générale de l'éducation, à la pédagogie, Leibnitz, abordant la jurisprudence, est frappé de sa ressemblance avec la théologie : toutes les deux ont des textes qu'il faut élaborer, respecter, éclairer par l'histoire et la philologie ; toutes les deux sont susceptibles de la même division en quatre parties, didactique, historique, exégétique et polémique. « Quidquid ad jurisconsulti perfecti eruditionem « pertinet, dividi potest ad instar theologiæ in « partem *didacticam*, seu positivam, ea continen- « tem quæ in libris authenticis expresse exstant, et « certi juris sunt ; *historicam*, originem, auctores, « mutationes abrogationesque legum enarrantem ; « *exegeticam*, ipsos libros authenticos interpre- « tantem ; et denique apicem cæterarum *polemi-*

[1] Il nous semble que, dans leurs *Encyclopédies*, Hugo et M. Falck n'accordent pas à la *Nova Methodus* de Leibnitz la place qu'elle mérite dans l'histoire de la science.

« cam, seu controversiariam, casus in legibus « indecisos ex ratione et similitudine definien- « tem[1]. » De ce point, Leibnitz parcourt successivement ce qui constitue la didactique, la partie historique, l'exégèse et la polémique.

La didactique se composera surtout d'*éléments* de jurisprudence qui contiendront la définition des termes et les règles des choses. Puis sa principale affaire sera la distribution des matières; ce qui conduit Leibnitz à un examen critique de la méthode de Justinien. Il fait le procès aux glossateurs. Comme les théologiens qui s'en rapportaient toujours à Thomas et à Aristote, les jurisconsultes du moyen âge se sont imaginés qu'il y avait dans le *Corpus juris* comme une logique légale qu'il n'était pas permis de contredire. La critique fondamentale adressée par Leibnitz à l'ordre gardé dans les Institutes de Justinien, qui distingue les personnes, les choses et les actions, est de diviser les faits et non pas les droits : or, si l'on veut divisir les faits, pourquoi, par exemple, ne pas distinguer les personnes en sourdes, muettes, ineptes, intelligentes, mâles, femelles, etc.; il ne faut pas diviser les faits, mais diviser les droits; il ne faut pas prendre la chose par le concret, mais bien par l'abstrait. Après avoir examiné

---

[1] Nova methodus, p. 180, t. IV, part. 3, édition Dutens.

les autres classifications tentées avant lui, Leibnitz propose la sienne. La jurisprudence est la science des actions de l'homme, en tant qu'elles sont justes ou injustes. La nature de l'homme qui est libre est la source du droit; ses actes en sont le développement, et peuvent se réduire à trois principaux, la possession, la convention et l'injure. Joignez-y la succession[1], qui ne crée pas de nouveaux droits, mais transmet les anciens, et vous aurez des divisions juridiques qui contiendront tous les faits, *universi juris summa capita*.

Voilà pour la didactique. La jurisprudence historique se divise en *interne* ou *externe*, division qui, depuis Leibnitz, subsiste dans l'enseignement. L'histoire interne contient la substance même du droit, *illa ipsam jurisprudentiæ substan-*

---

[1] Nous resserrons l'analyse pour la rendre plus claire, et nous sacrifions les détails. Relevons cependant l'opinion de Leibnitz sur le fondement philosophique du testament, qui lui a été reprochée, notamment par Wolf, quand il réimprima la *Nova methodus* : « Successio, quæ non producit novum jus, sed vetus transfert. « Succedunt autem ab intestato mero jure soli descendentes, in « stirpes, sed ita in ea tantum bona, quæ parentis erant, cum nas- « cerentur, quia anima eorum per traducem ex anima parentis « orta est : cæterorum successio ab intestato pertinet ad fontem « pactorum, quia ex lege descendit. *Testamenta vero mero jure « nullius essent momenti, nisi anima esset immortalis.* Sed quia « mortui revera adhuc vivunt, ideo manent domini rerum ; quos « vero hæredes reliquerunt, concipiendi sunt ut procuratores in « rem suam. »

tiam ingreditur; l'histoire externe comprend le monde politique, religieux et littéraire. A nos yeux, le véritable progrès de l'histoire du droit sera de ne jamais séparer ces deux parties. Ici Leibnitz trace un plan d'études historiques qu'il divise en histoire romaine, pour l'intelligence du droit civil; histoire ecclésiastique, pour l'intelligence du droit canonique; histoire du moyen âge, pour l'intelligence du droit féodal; histoire moderne, pour l'intelligence du droit public. Nous ne saurions le suivre dans ses longues et curieuses énumérations des historiens.

Arrivé à la partie exégétique de la jurisprudence, Leibnitz divise l'exégèse en philologie et commentaire. La philologie du droit embrasse la grammaire, la didactique, la rhétorique, l'histoire, l'ethnico-politique, la logique métaphysique et la physique légale. Chaque partie est examinée avec un détail infini. Il passe ensuite au commentaire, à l'interprétation même qui se sépare du texte ou qui l'accompagne. Cette dernière se divise en somme particulière ou générale, et en paratitles. L'interprétation isolée du texte, qui est le commentaire proprement dit, est ou réelle ou textuelle. Réelle, elle extrait certaines propositions de la loi pour les traiter à fond; textuelle, elle s'attache aux paroles mêmes de la loi. L'interprétation procède par la paraphrase et l'ana-

lyse. L'analyse est grammaticale, rhétorique et logique.

Telle est pour Leibnitz l'exégèse, qu'il a raison d'appeler une vaste mer. Il aborde la partie polémique, qui se divise en raisons de décider, *de principiis decidendi*, et en collections des décisions. Comme la première raison de décider est la nature même des choses, par conséquent les idées du juste, Leibnitz met le droit naturel dans la partie polémique de la jurisprudence, et il en trace la théorie dont nous avons parlé. La seconde raison de décider se puise dans les principes mêmes du droit civil. Quant aux collections de décisions, Leibnitz donne pour les rédiger d'utiles conseils.

Après ce plan d'études juridiques, Leibnitz dresse un catalogue des ouvrages qui manquent à la jurisprudence.

Catalogus desideratorum hic esto : ad perficiendam jurisprudentiam fiant :

1. Partitiones juris.
2. Sciagraphia juris in artem redigendi.
3. Novum juris corpus.
4. Elementa juris.
5. Reformatio brocardicorum.
6. Compendium Menochii et Mascardi, de probationibus et præsumptionibus.

7. Theatrum legale.
8. Historia mutationum juris.
9. Historia Irenica.
10. Philologia juris.
11. Philosophia juris.
12. Concordantiæ juridicæ.
13. Tropi, formulæ, adagia juris.
14. Arithmetica juris.
15. Antinomicus minor.
16. Institutiones juris universi.
17. Institutiones juris Cæsarei.
18. Institutiones juris Saxonici.
19. Summa titulorum.
20. Leges numeratæ.
21. Versio legum Germanica.
22. Ars hermeneutica.
23. Juris naturalis elementa demonstrative tradita.
24. Scientia nomothetica.
25. Breviarium controversiarum juridicarum.
26. Tractatus tractatuum reformatus.
27. Bibliotheca juris.
28. Loca classica seu, sedes materiarum.
29. Vitæ jurisconsultorum.
30. Repertorium juris.
31. Pandectæ juris novi.

Que l'on compare cette riche nomenclature à la liste si pauvre de Bacon. En présentant ce plan

d'études, en 1667, aux universités allemandes, en dressant, à vingt-deux ans, cette carte de pays à découvrir, Leibnitz avait le sentiment de sa supériorité. Il déclare en terminant qu'il lui reste encore bien des choses à dire, mais qu'il a cependant mis en lumière plus de points qu'il n'avait d'abord résolu; que tout lui appartient, soit par la nouveauté des idées, soit par l'indépendance de ses jugements; que si l'on juge qu'il ait réussi, il tentera lui-même de diminuer le catalogue qu'il a dressé. Quant à ceux qui le mépriseront, il les abandonne au supplice de leur ignorance. Il viendra peut-être un temps plus digne de lui où la vérité triomphera.

Neuf ans après, Leibnitz parlait autrement de son livre; il écrivait à Vincent Placcius: « Methodus « nova discendi docendique juris, liber est effusus « potius quam scriptus, in itinere, sine libris, sine « poliendi otio, alioquin facile credas, exactius « quiddam a me potuisse dari : præterea multa « sunt quæ nunc ne probo quidem. Quare quod « ais, in nonnullis te dissentire, non miror; nam « ego quoque mutarem non pauca, si male tor- « natum opus incudi reddere liceret. Scis ubi pri- « mus scribendi calor deferbuit, nos nobis ipsis « maturiore jam judicio displicere. Sed et amicis « tunc obsecutus sum, qui festinatam licet scrip- « tiunculam mihi notitiam magnorum virorum et

« favorem principum parare posse, non ex vano « conjecere. *Sed et nonnulla dixi quorum ne nunc « quidem pœnitet.* Sed de fato libri, dudum a me « pro derelicto habiti, non sum admodum solli- « citus, nec cuiquam ejus censori succenseo [1]. » Ainsi ce n'est plus pour Leibnitz qu'un essai de jeunesse qu'il dédaigne et qu'il abandonne; cependant il ne peut s'empêcher de remarquer qu'il y a nombre de propositions qu'il ne rétracte pas.

D'une méthode générale touchant les études théoriques, Leibnitz passe à un système de *codification* sur le *Corpus juris*. Il commence par déclarer [2] que le droit romain jouit en Europe d'une autorité nécessaire qu'il faut se garder d'ébranler; mais on doit corriger ses défauts. Il en a quatre principaux, *superfluitas*, *defectus*, *obscuritas*, *confusio*. Dans le Corps du droit, on rencontre des lois tombées en désuétude; sans les exclure, il faudra les noter avec soin; on y cherche en vain des décisions sur d'importantes matières; l'obscurité y règne souvent par l'ignorance où nous sommes des secrets de la langue et de l'histoire; enfin la confusion résulte de la variété des ouvrages et des matières. Les conséquences sont déplorables : les docteurs sont plus souvent cités que les lois; le droit est infini, incertain, incom-

[1] Tome VI, page 4, édition Dutens.

[2] Ratio corporis juris reconcinnandi.

préhensible, arbitraire : c'est l'antique chaos. Il faut remédier à ces inconvénients et à ces vices par une distribution nouvelle et méthodique du Corps du droit; on conservera les textes dans leur pureté, on n'innovera que par la méthode; de façon que le nouveau *Corpus juris* ne supplante pas l'ancien, mais se mette à côté de lui pour l'éclaircir et en faciliter la pratique. Je n'entrerai point dans les détails. Leibnitz continua d'être préoccupé, dans le reste de sa carrière, des avantages d'une codification méthodique. Il écrivait ceci à Kestner, en 1708 : « Cogitavi aliquando, si juris-« consulti celebres Germaniæ studia communica-« rent, posse aliquid confici, quod postea domini « non difficulter comprobarent. Sed multi ex eo-« rum numero, quibus est auctoritas, incertitu-« dine juris in sinu gaudent tacite, quod inde « amplissimam et ditissimam habeant messem ca-« suum pro amico. » Mais la suite nous fait voir que Leibnitz concevait non-seulement la refonte du *Corpus juris*, mais même un code entièrement nouveau. « Aliquando velut tabulas quasdam bre-« vissimarum legum concepi animo, ad speciem « decemviralium romanarum, in quibus simul « eluceret æquitas et comprehensio, omni casuum « varietate per rationum amplitudines tanquam « indagine cinctas, ut nullum esset allegationis, « id est actionis, exceptionis, replicationisque

« cujuscunque caput, cujus fundamentum in iis « tanquam in albo prætoris digito monstrari non « posset[1]. » Il est donc vrai, les grands génies sont toujours obsédés de cette idée d'unité, et la poursuivent sans cesse : voilà Leibnitz qui, après Bacon, la reproduit; dans l'ordre politique, César, Théodoric, Charlemagne et Napoléon, veulent une uniformité constante et durable. Croyons-en l'instinct du génie, nous sommes faits pour l'unité.

Le droit romain a souvent occupé la pensée de Leibnitz, qui en a pénétré tout-à-fait l'esprit; il a vu ses défauts et ses mérites; les vices du droit romain, tel qu'il se lit dans le *Corpus juris*, sont à ses yeux des répétitions innombrables, une infinité de dispositions inutiles, que le temps et l'histoire, dans leur cours, ont abrogées; quantité de fragments qui ne sont pas des lois et contiennent des définitions, des divisions, des étymologies, des digressions, des observations historiques et critiques, qui appartiennent au savant et non pas au législateur; les discussions interminables des jurisconsultes pour savoir si dans tel ou tel cas on doit employer une action ou un interdit, et cela pour arriver toujours au même résultat; enfin les subtilités et le défaut de méthode[2]. Voilà les

---

[1] Tome IV, 3e part., p. 254, édition Dutens.

[2] De nævis et emendatione jurisprudentiæ romanæ, p. 232 et 33, tome IV, 3e part., édition Dutens.

défauts, mais les beautés sont aussi relevées. On sait communément que Leibnitz a comparé le droit romain à la géométrie et aux mathématiques pour la rigueur des déductions logiques; mais on n'a pas fait assez attention que ce n'est pas une hyperbole échappée à l'admiration d'un homme ordinaire : c'est le jugement réfléchi du rival de Newton. Voici le passage en entier : « Ego « semper admiratus sum scripta veterum juris- « consultorum romanorum, quæcumque nobis « sive in digestis illis, sive alibi, velut ex naufra- « gio tabulæ pretiosæ supersunt. Romani in omni « genere doctrinæ Græcis cedunt. Ab iis philoso- « phiam, medicinam, studia mathematica mutuo « sumpserunt, de suo vix quicquam magni mo- « menti adjecerunt; in una jurisprudentia re- « gnant; hujus etsi semina à Græcis acceperint[1], « inde tamen hortum excitarunt amplissimum « pulcherrimumque, eaque in re una, omnes po- « pulos, quod constet, vicerunt. Dixi sæpius, « post scripta geometrarum nihil extare quod vi « ac subtilitate cum romanorum jurisconsultorum « scriptis comparari possit; tantum nervi inest, « tantum profunditatis. Et quemadmodum remo- « tis titulis et cæteris operis integri indiciis, de- « monstrationem alicujus Geometrici ex Euclide,

[1] Leibnitz veut ici parler des XII tables; mais elles ne viennent pas de la Grèce.

« aut Archimede, aut Apollonio ægre discernas,
« et ad auctorem suum referas; adeo omnium
« idem stylus videtur, tanquam ipsa ratio per
« horum virorum ora loqueretur; ita jurisconsulti
« etiam romani sibi gemelli sunt, ut sublatis ju-
« diciis, quibus sententiæ aut argumenta distin-
« guuntur, distinguere stylum aut loquentem vix
« possis. Nec uspiam juris naturalis præclare ex-
« culti uberiora vestigia deprehendas. Et ubi ab
« eo secessum est, sive ob formularum ductus,
« sive ex majorum traditis, sive ob leges novas,
« ipsæ consequentiæ, ex nova hypothesi æternis
« rectæ rationis dictaminibus addita, mirabili in-
« genio, nec minore firmitate deducuntur. Nec
« tam sæpe a ratione abitur, quam vulgo vide-
« tur [1]. » Ainsi les Romains, inférieurs aux Grecs sur tous les points, sont les maîtres de la jurisprudence; leur droit a la rigueur de la géométrie; et de même qu'on ne peut discerner si une démonstration géométrique appartient à Archimède ou à Euclide, tant l'individualité s'efface pour faire place à l'uniformité de la droite raison, de même, dans la jurisprudence romaine, subsiste toujours, sous la variété des opinions, une doctrine uniforme et constante. Puis le droit naturel y laisse une empreinte profonde, et même,

[1] Pages 267 et 268, tome IV, 3e part., édit. Dutens.

dans les détails infinis de l'originalité nationale, la raison finit toujours par se retrouver et reparaître.

Réfléchissons. Le génie de Leibnitz n'a-t-il pas, dans ces études discontinuées et reprises, agité les quatre questions fondamentales de la jurisprudence. Le premier besoin d'une tête rationnelle est de chercher la nature philosophique du droit : Leibnitz l'a fait, et a tiré le juste du sein de l'être et de Dieu. Puis, à son début dans la science, il promène ses regards autour de lui, et trace une méthode générale sur les études théoriques, une encyclopédie de la science, qui commence pour l'Allemagne une ère nouvelle. Ce n'est pas tout : des sommités de la théorie il passe à la plus haute expression de la pratique, je veux dire à l'idée d'un code général. Enfin quel est le phénomène juridique qu'on rencontre à chaque pas dans l'histoire, et qui est le fondement européen de la science, si ce n'est le droit romain? Nul mieux que Leibnitz n'en a vu les beautés et les misères. Ainsi, philosophie du droit, méthode, codification, droit romain, voilà les sommités sur lesquelles en passant s'est promené le génie de Leibnitz.

Quand l'homme rentre en lui-même avec simplicité, il est consterné de sa faiblesse et de son néant : son incurable impuissance lui fait une loi,

pour avoir quelque valeur en quelque chose, de négliger toutes les autres, et de porter, comme a dit un conquérant, toutes ses forces sur un point donné. De temps à autre cependant il paraît quelques hommes qui nous consolent de cette humiliation; et quand un Leibnitz, en face du monde physique et moral, répond à tout et suffit par son propre génie à toute la réalité, l'humanité peut s'exalter, et s'écrier avec orgueil : *Ecce homo!*

CHAPITRE XI.

THOMASIUS. — WOLF. — HEINECCIUS. — BACH.

Une nation n'arrive à son entier développement que par l'usage, la culture, les progrès et l'éclat de sa propre langue. Si ses croyances et ses institutions religieuses sont fortes, si sa constitution politique est pour elle comme une seconde religion, si sa législation civile est non-seulement une création du pouvoir, mais une habitude de ses mœurs, il ne lui manquera plus, pour remplir le cercle entier de sa destinée, que de cultiver avec énergie sa propre langue et de produire une littérature. Les arts et la littérature d'un peuple ne sont pas un caprice, une fantaisie de l'esprit, un luxe de l'humanité, mais bien un développement ausssi essentiel que tous les autres. Ils ne sont pas, comme on l'a dit, l'effet de la nature humaine corrompue; mais ils sont au contraire les fruits précieux de la nature humaine civilisée. Or, au commencement du dix-huitième siècle, telle était la position de l'Allemagne, que sa foi religieuse était ferme, sa constitution politique et ses lois solides, ses mœurs antiques et indigènes; qu'enfin elle tenait en Eu-

rope le rang d'un grand peuple, mais qu'il lui manquait encore le dernier sceau de la civilisation : je veux dire la consécration d'une littérature originale qui achevât de lui concilier l'estime et l'affection de l'Europe.

Leibnitz, génie plus européen qu'allemand, s'était inquiété fort peu d'employer la langue de son pays: il écrivit en latin avec une noble médiocrité, en français, où son style est clair, digne et calme, témoin sa Théodicée. Tout grand génie a soif d'être entendu, et écrire en allemand au dix-septième siècle n'était pas le moyen d'être promptement populaire et de retentir en Europe.

Néanmoins la langue allemande avait pris de fort bonne heure une allure et un costume qui la caractérisaient. Dès le treizième siècle les mystiques avaient écrit leur philosophie en langue allemande[1]. Tauler exerça une influence durable sur l'idiome national, qui se teignit de bonne heure de mysticisme et de couleurs bibliques. Luther, dont la théologie était positive et politique, avança les progrès de la langue par sa traduction de la Bible, dont s'inspira Klopstock, qu'étudièrent profondément Schiller et Goethe, et qui est restée comme le premier monument classique de l'idiome allemand. Voilà donc la langue du pays régnant

[1] Voyez Frédéric Schlegel.

dans les matières religieuses; mais la langue latine dominait dans la philosophie et les autres disciplines. Les universités enseignaient en latin, et la dictature que Leibnitz étendit sur l'Allemagne et sur l'Europe ne profita pas à la langue allemande.

Du vivant même du contemporain de Newton, on vit paraître un esprit médiocre, mais ardent, plus impétueux que solide, mais utile à la science par sa pétulence et ses saillies : c'est Chrétien Thomasius, dont le père fut un des maîtres de Leibnitz. Dans sa jeunesse il étudia avidement Grotius et Pufendorf, acquit une certaine habileté dans l'art de la parole et de la controverse, et conçut le projet d'innover dans la jurisprudence. Nommé professeur de fort bonne heure à Leipsick, il répudia dans l'enseignement du droit la méthode des scolastiques, professa les doctrines de Grotius et de Pufendorf, et fit ses leçons en langue allemande. Cette dernière innovation est le plus grand service qu'il ait rendu à la science; il introduisait ainsi l'idiome national dans les universités. Banni de Leipsick pour avoir calomnié Aristote et indisposé le clergé, il se rendit à Halle, où, comme au moyen âge, par la seule affluence des auditeurs qui se pressaient autour de lui, il fonda l'université de Frédéric, depuis si célèbre et si fertile. Par son ardeur infa-

tigable et ses violentes disputes, il produisit dans la science universitaire une fermentation qui fut salutaire ; mais il mêlait le sarcasme et l'invective à la polémique, dont il se servait souvent avec légèreté et hors de propos ; c'est un tort : la polémique personnelle est comme le duel ; il ne faut s'y commettre qu'à la dernière extrémité ; mais alors il faut en faire usage d'une façon décisive.

Esprit hardi, mais superficiel, ses nombreux ouvrages embrassent la jurisprudence, la théologie et la philosophie : dans leur temps ils agitèrent les contemporains ; mais leur utile médiocrité ne ne les a pas sauvés de l'oubli. Cependant il importe à l'histoire de la science de constater quelles étaient les théories de Thomasius, en droit naturel : dans la première moitié de sa carièrre il adopta le principe de la sociabilité établi par Grotius et suivi par Pufendorf ; mais plus tard il appliqua au droit naturel le principe de sa morale, l'amour raisonnable. Voici sa doctrine en substance :

I. « Le juste est opposé au mal extérieur. Le « bien moral est ce qui ne succombe pas sous les « efforts des désirs intérieurs. Le décorum tient « le milieu entre ces deux états.

II. « Le droit naît de la liberté extérieure de la « volonté. L'obligation restreint la volonté et la

« liberté extérieure. Tous deux tendent au même
« but, mais de différentes manières.

III. « Tout droit est de deux sortes. Il repose,
« ou sur des lois positives et des conventions avec
« les autres, ou sur la propre nature subjective de
« l'homme. En outre, tout droit n'a qu'un rap-
« port extérieur sans en avoir aucun intérieur.
« L'obligation peut aussi avoir un rapport inté-
« rieur au sujet, mais ce rapport est déterminé par
« les règles de la morale, et non par celles du droit.
« Obéir à l'obligation intérieure rend l'homme
« vertueux, et obéir à l'obligation extérieure
« le rend juste. Le droit positif exige une com-
« munication et une publication extérieures. La
« raison fait connaître le droit naturel, quand on
« examine les choses avec calme et sang froid.
« Dieu a gravé le droit naturel dans le cœur de
« l'homme. Il est donc divin, comme le droit
« positif est humain.

IV. « Le droit naturel contient plutôt des
« maximes que des lois. C'est là une proposition
« propre à Thomasius et un défaut radical de son
« système de droit naturel. La loi positive, dit-il,
« n'est pas considérée comme émanant d'un insti-
« tuteur, mais comme donnée par un dominateur.
« Or, la raison abandonnée à elle-même n'a pas
« l'idée que Dieu soit un roi, un maître qui in-
« flige arbitrairement des châtiments aux infrac-

« teurs du droit naturel. Toutes les punitions qui « ne sont pas infligées par la législation positive « ne portent qu'improprement ce nom ; car c'est « un maître qui prononce une punition proprement dite, et qui l'applique visiblement. Les « lois positives sont aussi publiées extérieurement ; « mais le philosophe n'a aucune idée d'une publication semblable du droit naturel. Il voit en « Dieu plutôt un père donnant ses conseils qu'un « maître : la première idée engendre une crainte « raisonnable, l'autre en produit une servile. « Comme Dieu semble un père, un conseiller, « un instituteur, et que la bonté ou la honte morale expriment plutôt la vertu ou le vice en général, que la justice et l'injustice en particulier, « toutes les manières d'agir prescrites par le droit « naturel sont, quand on les considère d'après « leur nature morale, bonnes ou mauvaises par « rapport à l'ensemble du genre humain. Le droit « naturel a donc le même caractère que la morale, « et repose sur les mêmes bases qu'elle.

V. « Le principe du droit naturel n'est ni la « volonté divine, ni la sainteté des actions et « leur conformité à la volonté de Dieu, ni la « conservation de la perfection humaine, ni le « besoin d'observer les conventions ou de maintenir la paix, ni la sociabilité, mais le bonheur « de la vie humaine le plus grand et le plus du-

« rable possible. Ainsi le principe du bien moral « est de se faire à soi-même ce qu'on désire que « les autres fassent, celui du décorum de faire « aux autres ce qu'on désire qu'ils nous fassent, « et enfin celui du droit de ne pas faire aux au- « tres ce qu'on désire qu'ils ne nous fassent point.»

Telle est, s'il faut en croire Bühle dans son *Histoire de la philosophie*[1], la doctrine de Thomasius touchant le droit naturel. On le voit, avec un bon sens indécis et sans profondeur, parler tour à tour de liberté, d'ordre et de bonheur, sans pouvoir mettre la main sur le principe générateur. Il est inutile d'énumérer les ouvrages de Thomasius; je citerai seulement un petit résumé assez net de l'histoire du droit romain : *Delineatio historiæ juris romani et germanici.* Hoffmann l'a réimprimé.

A Thomasius succéda un homme d'une autre portée, Wolf, qui rendit populaire la philosophie de Leibnitz, la fit passer dans l'enseignement des universités, écrivit souvent en langue allemande; qui, bien que toujours à la suite de Leibnitz, fut cependant quelque peu original par l'attention qu'il donna à la philosophie morale, et qui, mort en 1764, laissa une école qui dura jusqu'à 1781, époque de l'avénement de Kant. En jurisprudence,

---

[1] T. IV, p. 490.

Wolf suivit entièrement Leibnitz : il réimprima la *Nova methodus discendæ docendæque jurisprudentiæ*, écrivit lui-même plusieurs dissertations sur la Méthode, entre autres *De jurisprudentia civili in formam demonstrativam redigenda*, *Specimina definitionum in jure emendatarum ;* puis *De rationibus legalibus legum*. Quant au droit naturel, il le confondait entièrement avec la morale, et l'établissait sur ce principe : « Tu dois faire tout « ce qui maintient ou accroît la perfection de « ton propre état et de celui des autres, mais « t'abstenir au contraire de ce qui rend ton état « ou celui des autres plus imparfait[1]. » De là une philosophie du droit et une politique tout en préceptes moraux et en maximes arbitraires.

On croirait volontiers qu'après Thomasius et Wolf, qui s'étaient servis de la langue nationale, cette innovation devait incontinent porter ses fruits; mais le génie allemand rencontra sur sa route deux puisssants obstacles : Frédéric et Voltaire. Frédéric, qui dans sa jeunesse avait étudié la philosophie de Wolf, se livra bientôt tout entier au génie de la France et de Voltaire, qui avec ce puissant allié conquit l'Allemagne, et fit de Postdam comme son quartier-général; si bien que l'Allemagne, qui cherchait timidement à se

---

[1] Voyez Bühle, t. IV.

débrouiller, fut atteinte et blessée au cœur par les impitoyables sarcasmes des soupers de Sans-Souci, et quelque temps douta d'elle-même. Mais un poète solitaire qui puisait dans son cœur et dans la religion la force et la foi se mit à chanter Dieu et la patrie : Klopstoch fit *la Messiade* et des hymnes nationales; la Germanie tressaillit à ces accents patriotiques et sacrés. Après le poète, vint un philosophe qui, successeur de Descartes, changea la philosophie moderne, créa la langue métaphysique de l'Allemagne, qui est encore aujourd'hui sous le joug de ses formules : c'est Kant, et la patrie de Leibnitz naquit enfin à une littérature originale, en éclatant à la fois en hymnes patriotiques et sacrées, et en abstractions métaphysiques.

Mais il faudra que ces révolutions aient agité la littérature et la philosophie, pour que la jurisprudence innove à son tour avec efficacité. Thomasius et Wolf ont pour contemporains et pour successeurs dans les universités des hommes qui continuent l'usage exclusif de la langue latine, se montrent clairs et réguliers, et doivent au bon ordre de leurs idées, qui sont fort ordinaires, leur réputation et leur popularité : Heineccius et Bach. Heineccius[1] eut une grande autorité en

---

[1] Né en 1680, mort en 1741.

se faisant le rédacteur élégant de tout ce qui était connu de son temps; pour la philosophie du droit, il résuma Grotius et Wolf; pour l'histoire, il écrivit l'histoire du droit romain et du droit germanique. Ses *Antiquités*, par l'édition qu'en a faite Haubold, seront encore utiles long-temps, et doivent être considérées, avec son commentaire sur la loi *Julia Poppæa*, comme son meilleur ouvrage. Mais ses *Éléments* sur les Institutes et les Pandectes, qui plurent beaucoup par une clarté plus apparente que réelle, ont perdu toute valeur depuis les travaux et les découvertes de l'école historique. Toutefois, point d'ingratitude. Heineccius a servi la science par la facile élégance de son enseignement et de son style. Si aujourd'hui son esprit nous semble superficiel, ses contemporains le trouvèrent étendu; venant après Wolf, et avant Kant, il a fait tout ce qu'il pouvait faire.

Bach[1] a la même physionomie qu'Heineccius. Latiniste brillant, sachant du grec, il mêla la littérature à la jurisprudence, et fit la première histoire du droit romain qui fut accueillie comme classique. Il avait eu pour devanciers Jacques Godefroy, Schubart, Hoffmann, Brunquell, Heineccius; il les surpassa, et demeura, jusqu'à l'a-

[1] Né en 1721, mort en 1758.

vénement de l'école historique, le meilleur historien du droit romain. Son ouvrage est élégant et clair, mais sans profondeur; il ne montre que les contours extérieurs et les apparences des faits: c'est la plus pure et dernière expression de l'histoire du droit dans son enfance.

Cependant, comme de concert avec l'Allemagne, la Hollande continuait ses travaux, ses universités florissaient par une succession de jurisconsultes consommés. Au commencement du dix-septième siècle Arnold Vinnius[1], plus tard Gerhard Noodt, Schulting, qui s'attacha au droit anté-justinien, Bynkershoech, soutenaient avec vigueur l'étude historique du droit romain, fidèles aux leçons de Cujas et du seizième siècle. Sans doute ce n'était plus l'éclat et la gloire de Grotius, car depuis ce grand homme aucun jurisconsulte de la Hollande n'a été puissant en Europe; mais cette continuité de travaux efficaces alimentait la science, en attendant d'heureux changements.

---

[1] Né en 1588, mort en 1657. Il était Allemand, mais il enseigna à Leyde.

CHAPITRE XII.

DOMAT. — D'AGUESSEAU. — POTHIER.

La pratique, un rôle politique, saisi avec ardeur, poursuivi avec constance, soutenu avec dignité, l'administration des affaires, une jurisprudence savante se confondant avec la législation, voilà, nous l'avons vu, l'origine, le commencement, l'éducation et le caractère de la science du droit en France. Vint alors le seizième siècle avec ses théories et ses sectes scientifiques; mouvement général, mouvement d'école, le plus puissant de tous. La décadence suivit promptement cet éclat; au commencement du dix-septième siècle, les écoles languirent, l'étude profonde de l'antiquité fut désertée; plus de jurisprudence historique et philologique; la littérature efface tout, et la science du droit a peine à se maintenir dans le siècle de Louis XIV, au milieu de tant de gloire qui lui est étrangère. Cependant, au commencement du dix-septième siècle, un jurisconsulte que la France peut revendiquer, Jacques Godefroy [1], suivait à Genève les voies de Cujas, donna une savante édition du

[1] Né à Genève; mais sa famille était depuis long-temps en France. Né en 1587, mort en 1652.

Code théodosien, fit un résumé plein de substance et de rigueur sur le droit romain, sous le nom de *Manuale juris*, et soutint à Genève le culte de la jurisprudence en rassemblant pour ainsi dire autour de lui les débris du seizième siècle. Mais Jacques Godefroy n'exerça pas d'influence sur la France, livrée tout entière à l'enfantement du siècle de Louis XIV.

Non loin de Genève, à Chambéry, Antoine Favre servait avec éclat d'intermédiaire entre le siècle de Cujas et celui de Domat. Ses principaux ouvrages, *Conjecturarum juris civilis* (1580), *de Erroribus Pragmaticorum* (1598), *Rationalia in Pandectas* (1604), *Codex Fabrianus* (1606), montrent un des esprits les plus vigoureux et les plus sains qui se soient appliqués à l'interprétation des textes. Taisand a écrit la vie du président de Chambéry sur des mémoires que lui avait fournis la famille de ce célèbre jurisconsulte. C'est la meilleure de ses biographies.

Quand la science décline dans les écoles, elle brille dans quelques individus, et ce changement dans la destinée de la science veut être d'autant plus remarqué qu'il semble devenir le caractère de notre temps. Oui, il est à croire que, dans cette vaste anarchie des intelligences, la science avancera plus aujourd'hui par les individus que par les écoles.

Sous Louis XIV, la jurisprudence a pour interprètes quelques hommes illustres dont les écrits populaires peuvent se passer de toute analyse, et dont il suffira de constater l'esprit et le caractère.

Quant au droit philosophique et politique, il n'est représenté par aucun jurisconsulte. La monarchie et la société française étaient alors trop préoccupées du soin de se constituer et de s'asseoir ; elles suivaient Louis XIV avec trop d'orgueil et d'ardeur dans ses desseins d'un despotisme nécessaire, pour avoir des jurisconsultes philosophes, ou des philosophes jurisconsultes, qui scrutassent d'un œil téméraire les fondements de la société. Il y eut bien Fénelon, *ce bel esprit chimérique,* comme l'appelait Louis XIV dans son aversion pleine de sagacité; ce génie spéculatif, qui ne voulait rien moins que changer de fond en comble l'État et l'Église, et qui eût gouverné la France si le duc de Bourgogne eût régné; mais Fénelon n'eut pas de prise sur ses contemporains. A Cambrai, il semblait non-seulement exilé de la cour, mais même de son siècle, et, destiné à l'immortalité, il n'aboutit guère, de son vivant, qu'à exciter l'enthousiasme de quelques amis fervents et de quelques tendres femmes. Son rival et son vainqueur, Bossuet, soit qu'il esquisse à grands traits les annales du monde, soit que dans sa polémique avec les protestants et Jurieu il combatte

le principe et la théorie de la souveraineté du peuple, montre partout le sens et l'instinct de l'histoire et du droit. Voici comment il qualifie le droit : « Notre ministre, dit-il en répondant à « Jurieu [1], se tourmente en vain à prouver que le « prince n'a pas le droit d'opprimer les peuples ni « la religion. *Car qui a jamais imaginé qu'un tel « droit pût se trouver parmi les hommes, ni qu'il y « eût un droit de renverser le droit même, c'est-à- « dire une raison pour agir contre la raison, puisque « le droit n'est autre chose que la raison même, et « la raison la plus certaine, puisque c'est la raison « reconnue par le consentement des hommes ?* » Et ailleurs il parle ainsi de l'origine des sociétés : « Notre ministre s'est imaginé que le peuple est « naturellement souverain, ou, pour parler comme « lui, qu'il possède naturellement la souveraineté, « puisqu'il la donne à qui il lui plaît : or, cela « c'est errer dans le principe, et ne pas entendre « les termes. Car, à regarder les hommes comme « ils sont naturellement et avant tout gouverne- « ment établi, on ne trouve que l'anarchie, c'est- « à-dire dans tous les hommes une liberté fa- « rouche et sauvage, où chacun peut tout pré- « tendre et en même temps tout contester ; où « tous sont en garde, et par conséquent en guerre

---

[1] Cinquième avertissement sur les lettres de M. Jurieu, ch. 33.

« continuelle contre tous ; où la raison ne peut
« rien, parce que chacun appelle raison la passion
« qui le transporte; où le droit même de la nature
« demeure sans force, puisque la raison n'en a
« point ; où, par conséquent, il n'y a ni propriété,
« ni domaine, ni bien, ni repos assuré, ni, à dire
« vrai, aucun droit, si ce n'est celui du plus fort;
« encore ne sait-on jamais qui l'est, puisque cha-
« cun tour à tour peut le devenir selon que les
« passions feront conjurer ensemble plus ou moins
« de gens. Savoir si le genre humain a jamais été
« tout entier dans cet état, ou quels peuples y ont
« été et en quels endroits, ou comment et par
« quels degrés on en est sorti, il faudrait, pour le
« décider, compter l'infini, et comprendre toutes
« les pensées qui peuvent monter dans le cœur de
« l'homme. Quoi qu'il en soit, voilà l'état où l'on
« s'imagine les hommes avant tout gouvernement.
« S'imaginer maintenant avec M. Jurieu, dans le
« peuple considéré en cet état, une souveraineté,
« qui est déjà une espèce de gouvernement, c'est
« mettre un gouvernement avant tout gouverne-
« ment, et se contredire soi-même. Loin que le
« peuple en cet état soit souverain, il n'y a pas
« même de peuple en cet état. Il peut bien y avoir
« des familles, encore mal gouvernées et mal as-
« surées; il peut bien y avoir une troupe, un
« amas de monde, une multitude confuse; mais il

« ne peut y avoir de peuple, parce qu'un peuple « suppose déjà quelque chose qui réunisse quel- « que conduite réglée et quelque droit établi; ce « qui n'arrive qu'à ceux qui ont déjà commencé « à sortir de cet état malheureux, c'est-à-dire de « l'anarchie[1]. » C'est ainsi que ce grand théologien parlait de droit et de politique.

Avant d'arriver à un jurisconsulte, un mot encore sur un philosophe qui laissa tomber quelques paroles sur le droit et le fondement du droit, sur Pascal, qui, avec une ironie empruntée de Montaigne, s'exprime ainsi : « On ne voit presque « rien de juste et d'injuste qui ne change de qua- « lité en changeant de climat. Trois degrés d'élé- « vation du pôle renversent toute la jurispru- « dence. Un méridien décide de la vérité, ou peu « d'années de possession. Les lois fondamentales « changent. Le droit a ses époques. Plaisante jus- « tice, qu'une rivière ou une montagne borne : « vérité en-deçà des Pyrénées, erreur au-delà[2]. » Pourquoi ces amères paroles ? Pascal les a-t-il imitées de Montaigne pour mieux les réfuter, ou par approbation? Au milieu des aigreurs de sa mélancolie religieuse, voyait-il tellement en dédain la science humaine, la raison du droit, les

[1] Cinquième avertissement, ch. 49.

[2] Pensées, 1re part., art. 6, § 8. Voyez encore la pensée qui suit, et art. 9, *passion*.

rapports sociaux, qu'il se plaisait à les dégrader par un scepticisme injurieux ?

Mais Port-Royal produisit un véritable jurisconsulte : c'est Domat. Domat[1], ami et presque élève de Pascal, n'hésita pas à faire découler le droit du christianisme, à ses yeux la forme la plus pure de la vérité sur la terre ; à enseigner dans ses *Lois civiles* que l'homme est fait par Dieu et pour Dieu ; et dans ce dogme à la fois si simple et si profond, si clair et si mystérieux, où il plongea l'œil de la foi, il découvrit le monde, la société, ses lois, sa fin. Et, chose admirable ! il s'appropria la législation romaine comme une suite de ces principes sacrés ; il se trouva que les doctrines des jurisconsultes, de ces élèves du Portique, passèrent sans effort au rang des conséquences naturelles du christianisme ; et ces fiers stoïciens, qui se croyaient des dieux sur la terre, ne furent plus, sous la plume de Domat, que les respectueux disciples d'un Dieu qu'ils avaient ignoré. On n'a pas assez remarqué cette conciliation merveilleuse des dogmes et des maximes de l'Évangile avec la sagesse altière de la jurisprudence romaine ; à elle seule, elle est une création. Domat a été chrétien en législation, comme Pascal a été chrétien en philosophie : ce fut l'enfant de Port-

[1] Né en 1625, mort en 1695.

Royal qui, par son jansénisme, voulait associer la philosophie et la religion, et qui engendra une espèce de stoïcisme chrétien qui ne sut parvenir ni à la liberté absolue du Portique ni à la majestueuse hauteur du catholicisme.

Que fit effectivement Domat? Il entreprit un système de droit civil. Prenant pour éléments les lois romaines, les ordonnances de nos rois, et les maximes de notre jurisprudence, il opéra sur des faits historiques et connus, et dogmatisa par la méthode. Mais, préoccupé de jansénisme, il confondit dans sa méthode la jurisprudence et la théologie; Grotius les avait séparées, Domat les mêla de nouveau. C'est dans la nature religieuse de l'homme qu'il cherche le droit et le principe de la sociabilité. De là l'unité de ses *Lois civiles*; de là ce premier livre où la philosophie du droit se montre toute chrétienne. Quelle est, pour le jurisconsulte de Port-Royal, la première loi de notre nature? C'est d'être fait pour Dieu. Et quelle est la seconde? Conséquence de la première, c'est que les hommes doivent s'aimer et s'unir entre eux parce qu'ils sont destinés à être unis dans la possession d'un bien unique qui doit faire leur commune félicité; et Domat ne craint pas de prendre pour principe de sa philosophie du droit cette sublime théologie de Jean: « Ut omnes unum « sint, sicut tu pater in me, et ego in te, ut et ipsi

« in nobis unum sint [1]. » C'est donc de l'amour divin que Domat fait découler la sociabilité. Écoutons-le nous dire que Dieu seul est digne de l'homme : « De tous les objets qui s'offrent à l'homme dans « tout l'univers, en y comprenant l'homme lui-« même, il ne trouvera rien qui soit digne d'être « sa fin. Car en lui-même, loin d'y trouver sa fé-« licité, il n'y verra que les semences des misères « et de la mort ; et autour de lui, si nous parcou-« rons tout cet univers, nous trouverons que rien « ne peut y tenir lieu de fin ni à notre esprit, ni à « notre cœur, et que, bien loin que les choses que « nous y voyons puissent être regardées comme « notre fin, nous sommes la leur, et ce n'est que « pour nous que Dieu les a faites. Car tout ce que « renferme la terre et les cieux n'est qu'un appa-« reil pour tous nos besoins, qui périra quand « ils cesseront. Aussi voyons-nous que tout y est « si peu digne et de notre esprit et de notre cœur, « que, pour l'esprit, Dieu lui a caché toute autre « connaissance des créatures que de ce qui regarde « la manière d'en bien user, et que les sciences « qui s'appliquent à la connaissance de leur na-« ture n'y découvrent que ce qui peut être de « notre usage, et s'obscurcissent à mesure qu'elles « veulent pénétrer ce qui n'en est pas. Et pour le

[1] Chap. 17, verset 21.

« cœur, personne n'ignore que le monde entier
« n'est pas capable de le remplir, et que jamais il
« n'a pu faire le bonheur d'aucun de ceux-qui
« l'ont le plus aimé, et qui en ont le plus possédé.
« Cette vérité se fait si bien sentir à chacun, que
« personne n'a besoin qu'on l'en persuade, et il
« faut enfin apprendre de celui qui a formé
« l'homme que c'est lui seul qui étant son prin-
« cipe est aussi sa fin, et qu'il n'y a que Dieu seul
« qui puisse remplir le vide infini de cet esprit et
« de ce cœur qu'il a faits pour lui [1]. » Voilà comment, avec la sublime misanthropie de Pascal, Domat voit l'homme blessé à mort d'un trait qui le suit dans toute sa destinée, et n'ayant d'autre remède qu'un regard vers le ciel. Il est vrai, l'homme porte partout avec lui les déchirements d'un mal inconnu, d'un mal incurable; mais n'importe, il doit marcher, il doit agir; mais sa force et sa gloire est de n'en rien dire : c'est l'enfant de Lacédémone expirant en silence sous les morsures du renard.

Cette disposition ultra-théologique de Domat, après lui avoir fait confondre la jurisprudence et la théologie, le jeta dans une division du droit fort arbitraire. Il établit que la société se conserve par les engagements dont Dieu lie les hommes,

[1] Traité des lois, chap. 1.

et que cet ordre se perpétue par les successions qui appellent certaines personnes à la place de celles qui meurent : de là la division du droit en engagements et en successions. On sent combien un pareil lien est faible à côté de la classification de Leibnitz, et il est inutile d'insister. Mais ce qui distingue l'esprit et le monument de Domat, c'est l'étendue et la conséquence. Il a déserté les voies historiques de Cujas, pour tirer du droit romain un système chrétien et moderne; puis il s'est appliqué au droit public, dont il nous a laissé un traité complet. Je ne parle pas de son *Delectus legum*, mince extrait du Digeste, aujourd'hui tout-à-fait inutile.

Pendant que Domat, au présidial de Clermont, partageait sa vie entre la science et une pratique obscure, Louis XIV agitait dans ses conseils le dessein de réformer la justice. Colbert, souverain dans les finances, voulait aussi que la réformation de la justice descendît uniquement du trône, et qu'un jour Louis XIV s'en allât la faire enregistrer à son parlement sans communication préalable. Il était secondé par un homme d'un caractère entier, d'une âme peu tendre, serviteur passionné du pouvoir, qui, à ses yeux, ne pouvait jamais se tromper; du reste, esprit juste, et sachant bien les matières dont il parlait : Pussort. Il est curieux de voir, dans les procès-verbaux

qui nous restent des ordonnances civiles et criminelles, Pussort, l'homme du pouvoir et de l'administration, en face et en lutte avec le premier président de Lamoignon, qui opposait d'un front inaltérable à sa logique mordante et hautaine les lenteurs et les doctrines de la dignité et de la jurisprudence parlementaire. Pussort et Lamoignon, qui représentaient l'administration et la justice, se sont tempérés l'un par l'autre dans la législation de Louis XIV. Voici les principales ordonnances :

1667. Procédure civile.
1669. Evocation et committimus.
..... Eaux et forêts.
1670. Procédure criminelle.
1672. Juridiction des prévôts des marchands.
1673. Commerce.
1680. Gabelle.
1681. Marine.
..... Code noir.
1687. Sur les cinq grosses fermes.
1695. Sur la juridiction ecclésiastique.

J'en ai omis une, celle sur la révocation de l'édit de Nantes.

Mais Lamoignon ne se contenta pas de débattre avec Pussort les volontés de Louis XIV; il eut la pensée de débrouiller la jurisprudence, d'en extraire des éléments certains et des principes in-

contestables. Tel est l'esprit du travail qu'il a laissé sous le nom d'*Arrêtés de Lamoignon*, auquel coopéra M. Auzanet, avocat au parlement, honoré de l'amitié et du commerce du premier président. C'est une espèce d'ébauche de code civil, pleine de substance et de doctrine.

Domat et Lamoignon avaient guidé dans ses études un jeune homme qui s'initiait dans leur commerce aux traditions de la jurisprudence, d'Aguesseau, qui à vingt-deux ans était avocat-général. On sait sa vie politique. Magistrat sous Louis XIV et chancelier sous le régent, il fut menacé de l'exil dans la vieillesse du roi, et deux fois exilé par Philippe; il passait tranquillement de la cour à sa retraite de Fresnes, où il se livrait à l'étude avec plaisir et simplicité.

D'Aguesseau est le dernier jurisconsulte français qui ait montré des connaissances étendues en tout genre, et qui ait su embrasser le système entier de la jurisprudence. On trouve en lui l'avocat-général, le littérateur, le théoricien et le législateur. Il fut avocat-général pendant dix ans, et ne donna jamais à la grand'chambre que des conclusions approfondies qui nous restent, et le mirent à côté de Denis Talon. Comme littérateur, nous ne saurions souscrire à la gloire qu'on lui a décernée pour ses *Mercuriales*, lieux communs fastueux, déclamations académiques sur la fermeté,

l'amour de la simplicité, la grandeur d'âme, etc., où la pauvreté des pensées n'est égalée que par la pompe des mots; ce qui est d'autant plus triste qu'en ce point d'Aguesseau a fait école jusqu'à nos jours, et que le parquet se signale encore chaque année aux solennités judiciaires par l'imitation pompeuse de traditions surannées et corrompues.

C'est surtout dans les *Instructions* que d'Aguesseau donne à son fils pour l'étude du droit qu'on peut l'apprécier comme théoricien. On l'y trouve tout-à-fait sous le charme de l'esprit de Domat; il en recommande à son fils l'étude presque exclusive, et parle fort peu des jurisconsultes du seizième siècle; il y recommande bien Cujas, mais toujours après Domat, jurisconsulte populaire, même auprès des ignorants. On sait ce qu'en disait Boileau. D'Aguesseau aimait à s'occuper des matières philosophiques; dans ses méditations métaphysiques il est chrétien et spiritualiste, parle assez pertinemment de Locke et de Cudworth, et il montre, sinon la verve et l'originalité d'un véritable métaphysicien, du moins l'intelligence d'un esprit étendu.

Mais c'est comme législateur que d'Aguesseau mérite sa gloire. Dans son commerce avec Lamoignon, il avait appris combien il était nécessaire de réformer le droit français par la législa-

tion, et il songea à une réforme générale. Toutefois il crut devoir commencer l'entreprise par des ordonnances particulières sur les points principaux du droit civil, plutôt que de la concentrer dans un code général; il nous explique lui-même sa pensée dans le préambule de l'ordonnance sur les donations. « Nous aurions pu, fait-il dire à « Louis XV, faire cesser cette diversité de juris« prudence avec plus d'éclat et de satisfaction pour « nous, si nous avions différé de faire publier le « corps des lois qui seront faites dans cette vue « jusqu'à ce que toutes les parties d'un projet si « important eussent été également achevées; mais « l'utilité qu'on doit attendre de la perfection de « cet ouvrage ne pouvant être aussi prompte que « nous le désirerions, notre affection pour nos « peuples, dont nous préférerons toujours l'in« térêt à toute autre considération, nous a déter« miné, etc. » D'Aguesseau, abordant ainsi la réforme par les détails, fit rendre,

En 1729, une ordonnance qui révoquait l'édit de Saint-Maur, par lequel les mères étaient privées de la succession de leurs enfants.

En 1731, une déclaration du roi sur les cas prévotaux et présidiaux.

. . . . une ordonnance des donations.

En 1735, une ordonnance des testaments.

En 1737, une ordonnance du faux.

.... une ordonnance des évocations et règlements des juges.

En 1738, un règlement du conseil.

En 1747, une ordonnance des substitutions.

En 1748, un édit sur les gens de mainmorte.

Tels sont les principaux monuments de l'administration de d'Aguesseau.

Il avait aussi pensé à réformer la justice elle-même et les institutions judiciaires. Duclos raconte dans ses mémoires que le duc de Grammont arrêta un jour d'Aguesseau pour lui demander s'il n'y aurait pas moyen d'abréger la procédure et de diminuer les frais. « J'y ai souvent pensé, « répartit le chancelier; j'avais même commencé « un règlement là-dessus; mais j'ai été arrêté en « considérant la quantité d'avocats, de procureurs « et d'huissiers que j'allais ruiner. » Cet obstacle, devant lequel reculait d'Aguesseau, subsiste encore; il a effrayé l'assemblée constituante, qui d'ailleurs était peuplée d'avocats. Notre siècle aura-t-il la force de le renverser, ou l'adresse de le tourner? A Fresnes, dans les loisirs que lui ménageait l'exil, d'Aguesseau écrivit un mémoire sur les *Vues générales que l'on peut avoir pour la réformation de la justice.*

Ne quittons pas le chancelier sans dire que son esprit actif et orné de belles connaissances le mit en commerce avec les littérateurs et les savants

de son temps. Il invita l'abbé Sallier à donner une édition de la *République* de Platon, dont il avait lui-même traduit le *Criton*. Plein de zèle pour la jurisprudence, il fut en correspondance avec Furgole et Pothier.

Pothier, qui vint après lui, ne s'est jamais permis une seule idée générale. A la différence de d'Aguesseau, il se voua exclusivement au culte des textes; mais là il se montra puissant, car il sut embrasser à la fois le droit français et le droit romain. En droit français, il écrivit avec candeur des traités où il rassembla les traditions et les doctrines sous des formes simples et populaires, comme s'il eût pressenti que bientôt après lui viendrait une de ces époques de trouble et d'emportement pour lesquelles il faut, pour ainsi dire, tenir la science toute préparée et toute facile, afin de la sauver de l'oubli et de la prescription. C'est le Rollin de la jurisprudence française, comme l'a dit avec bonheur un avocat contemporain [1]. En droit romain, sa touche fut plus énergique et plus originale. Tout en gardant l'ordre des livres et des titres des Pandectes, il distribua les textes suivant un ordre rationnel qui lui appartient, les expliquant avec les travaux et les études de Cujas, du seizième et du dix-septième siècle. Il fut sur-

[1] M. Berville.

tout frappé, dans les Pandectes, de l'altération du texte, de la divergence des doctrines et de l'absence de méthode[1]. Il voulut remédier à ces vices, tenta une restauration du droit romain, monument qui ferme l'histoire de la science à la fin du dix-huitième siècle. Pothier mourut en 1772, avant l'avénement de Kant et avant la révolution française, et il résume la jurisprudence française et romaine en s'appuyant sur Dumoulin et Cujas. Supérieur en droit romain à Heineccius et à Bach, il en est le premier représentant jusqu'à la fin du dix-huitième siècle, et l'apparition de l'école historique. Ouvrier habile, rédacteur lumineux sur des textes donnés, il n'a point usurpé la gloire populaire qui accompagne son nom.

Que faisait cependant le barreau? La doctrine continuait d'y défaillir depuis le commencement du dix-septième siècle. Le cicéronien Patru, Lemaistre, âme ardente et religieuse, n'avaient joui que d'une gloire inférieure à côté de la chaire de Fléchier et de Bossuet. Le dernier homme d'autorité et de doctrine au barreau est, après Laurière, qui se consacra à l'étude historique du droit français, Cochin; c'est vraiment l'avocat plaidant à la grand'chambre du parlement, consommé dans le droit civil et dans le droit canonique,

---

[1] Præfatio, c. 2.

nourri dans des traditions auxquelles il croyait encore. Mais après lui les élèves des philosophes envahissent le barreau. Je ne parle pas de l'acrimonieux Linguet, partisan tour à tour des jésuites et des philosophes, du paradoxe et de la vérité; mais Servan revendique les droits de l'humanité dans d'éloquentes et populaires déclamations; Dupaty conquiert d'un seul coup sa renommée par un factum brûlant; Beaumarchais surtout, mêlant ce que l'esprit a de plus enjoué et de plus vif à des sarcasmes amers et à de poignantes ironies, lance sur le parlement ces effrayants mémoires, qui anéantirent dans l'opinion l'antique majesté de la magistrature, étonnèrent Voltaire, et resteront comme le chef-d'œuvre de la littérature judiciaire : le barreau fut successivement primé par deux hommes qui ne lui appartenaient pas, Pélisson et Beaumarchais.

Cependant, au milieu de cette expulsion des jurisconsultes par les philosophes, le génie de Montesquieu nous offre comme une transaction entre la jurisprudence et la philosophie. Il concilie les deux sciences; mais quand il aura disparu, la haute jurisprudence sera muette. Avant d'arriver à ce grand homme, il est nécessaire de parler de Vico.

CHAPITRE XIII.

GRAVINA. — VICO.

L'Italie avait donné à l'Europe la science du droit. C'est au sein de l'opulente Bologne qu'avait éclaté la révolution scientifique du douzième siècle. Irnérius, Accurse, Bartole, et les écoles italiennes, avaient posé les fondements de la jurisprudence européenne. Au milieu des incertitudes et des agitations du quizième siècle, où rien ne se fait et tout se prépare, Ange Politien commença à mêler la philologie à la science du droit; enfin Alciat, au commencement du seizième siècle, fut à Bourges le brillant précurseur de Cujas. Mais la prospérité des universités italiennes ne survécut pas à Alciat; le mouvement d'école finit avec lui, et la science ne s'appuya plus que sur quelques hommes. Sans doute, au commencement du dix-septième siècle, Pancirole, Menoch, Farinaccio, Neri, Mérenda, Alexandre, Nicolas Buonaparte, qui ne doit guère qu'à son nom l'honneur d'être nommé, méritèrent bien du droit à des degrés différents. Mais pour trouver maintenant dans la jurisprudence italienne quelque chose de neuf et de fécond, il faut aller à Naples, qui,

pendant le dix-septième et le dix-huitième siècle, eut quelques jurisconsultes et quelques avocats illustres. Mais, remarquons-le, ils ne sortirent pas de l'université de Naples, qui fut à leur égard ou indifférente ou hostile, et ils agirent seuls.

Vincent Gravina[1], qui vécut alternativement à Naples et à Rome, apporta dans la jurisprudence l'esprit le plus aimable et le plus heureux. L'aridité des affaires qui se débattent au barreau l'avait détourné de l'étude du droit; mais l'amour de l'antiquité l'y ramena. Ses lectures étaient la Bible, le *Corpus juris*, Homère, Cicéron et Platon: c'est en science et en littérature le pain des forts. Dans un pareil commerce, son esprit s'agrandit et s'orna, et il y gagna des vues étendues et un beau style, qualités qui distinguent ses *Origines du droit civil*[2], où, s'appuyant des travaux de l'école française au seizième siècle, des recherches de Paul Manuce et de Sigonius, il mêle et fond ensemble sous de brillantes couleurs les traditions de l'histoire classique et de la philosophie platonicienne. Sans doute maintenant il est insuffisant pour l'histoire et pour la philosophie; mais il n'en a pas moins ses mérites et sa place dans son temps et dans la science. J'estime que les jurisconsultes de l'Allemagne ne rendent point assez justice à

[1] Né en 1664, mort en 1718.

[2] Originum juris civilis libri tres.

l'étendue de son esprit. En France, on l'a défiguré dans une informe traduction; il faut le lire en latin.

Le premier livre des *Origines du droit civil* expose les commencements de Rome, la suite de son histoire, sa jurisprudence, ses jurisconsultes, Justinien, le moyen âge, Irnérius et Bologne, Alciat et le seizième siècle. Dans le second, Gravina remonte aux fondements de la société, aux principes de la justice, et traite rapidement les principales matières du droit civil. Dans le troisième, il poursuit, en exposant la suite des lois romaines[1].

Gravina nous représente l'homme comme soumis à deux lois : d'abord il est sujet de la loi universelle des êtres, qui l'entraîne par un mouvement irrésistible et une fatalité inévitable; puis il a conscience de lui-même par sa raison, et par sa volonté se crée personne libre au milieu du torrent des choses qui voudraient l'emporter. « Lex « promiscua tam longe lateque discurrit, ut am- « bitus hujus immensitatem, omnia continentem, « resque singulas eodem ambitu comprehensas, « involvat atque circumeat, ipsumque hauriat « hominem qui communi hac lege irretitur, præ- « ter legem peculiarem naturæ illius, quæ in co-

[1] Outre ses Origines, Gravina a écrit sur la jurisprudence un livre *de Romano imperio*, des opuscules et des discours.

« gitando versatur[1]. » La loi commune, la loi de la nature nous enveloppe; elle entraîne l'homme, qui n'a pour se sauver de cette pente universelle que sa pensée. Gravina examine ces deux lois l'une après l'autre : d'un côté c'est le monde avec son éternelle harmonie, que rien ne peut troubler, et que des crises passagères ne déconcertent pas; de l'autre, l'homme au milieu de toute cette vie qui lui est étrangère, et qui dure sans se connaître, seul pense, se distingue de ce qui l'enserre, reconnaît gravée dans son cœur une loi qui lui est propre, et se trouve ainsi personne morale et responsable. « Quamobrem in hac universitate « rerum solus homo est culpæ capax, quia solus « homo peculiarem accepit naturam seorsum a « rebus corporeis aliis, ac solus legem subit præ- « cipuam, naturæ mentis congruentem, sejunc- « tamque a lege communi rerum aliarum; unde « secum solus ipse dimicat, quum duabus discre- « pantibus inter se legibus horsum illorsum pel- « latur; solus denique culpam incurrit, quando « lege corporis abducitur a lege mentis, quæ, « utpote hominis propria, debet ei unice impe- « rare, perinde atque lex corporis naturæ corpo- « rum dominatur universæ[2]. » Qu'on juge si Gra-

[1] Originum, lib. 2, cap. 2.
[2] Lib. 2, cap. 4.

vina manquait d'intelligence pour les choses philosophiques.

Après le brillant académicien des *Arcades*, qui se partageait entre la jurisprudence et les lettres, composait des vers et des tragédies, éleva Métastase, et dont la vie fut heureuse et riante, nous rencontrons un homme malheureux et grand, d'un génie profond, d'une destinée sombre et amère, Vico, qui ne se soutint au milieu de ses disgrâces que par la conscience de lui-même, et qui vécut inconnu de tous, devant être immortel. Après avoir publié ses deux premiers ouvrages, il se présenta au concours pour une chaire de droit dont il fut repoussé par les professeurs ses juges; mais, sans se décourager, il continua ses travaux. « Voilà, dit-il dans sa vie, ce qui prouve que Vico « est né pour la gloire de Naples et de l'Italie. Il « venait de perdre tout espoir d'avancement dans « sa patrie; un autre aurait dit adieu aux lettres, « se serait repenti peut-être de les avoir culti- « vées : pour lui, il ne songea qu'à compléter son « système. »

Vico a écrit sa vie. C'est une confession naïve. Il raconte ses études et ses disgrâces, le développement et les progrès de son esprit, ses premiers essais, comment il conçut son système et sa *Science nouvelle*, monument sublime et bizarre, qui porte la vive empreinte des formes et des couleurs du

moyen âge, et qui, jeté au milieu du dix-huitième siècle, fait à la fois de Vico le chantre des traditions antiques et le précurseur de la science nouvelle[1].

Au commencement du dix-huitième siècle, Descartes régnait en Italie, et avec lui le mépris et l'oubli de l'histoire; inévitable conséquence des conceptions de l'idéalisme purement abstrait, témoin Descartes, Malebranche et Fichte. Vico vint rétablir l'histoire dans ses droits et la réconcilier avec la philosophie : unir les idées et les faits, faire descendre ce qui est de ce qui doit être, expliquer les actes de l'homme par les lois de sa pensée, voilà l'ouvrage de Vico. Il s'inspira de Platon et de Grotius, de Tacite et de Bacon; mais surtout Grotius, parmi les modernes, le frappa et fut comme son point de départ : « Grotius, dit-il dans sa vie, enferme « dans son système de droit universel la philoso- « phie et la théologie, en les appuyant toutes « deux sur l'histoire des faits, vrais ou fabuleux, « et sur celle des langues. » Grotius, que nous avons vu en effet soupçonner l'union nécessaire de la philosophie et de l'histoire, fut donc l'antécédent de Vico, car tout homme, quelle que

[1] M. Michelet, par son élégante traduction, a fait connaître Vico en France. Peut-être doit-on regretter qu'il n'ait pas cru devoir traduire dans leur intégrité la vie et l'ouvrage de Vico, dont l'originalité se prête peu aux extraits et aux coupures.

soit son originalité, part d'un antécédent et commence par avoir un maître. Exposons rapidement les idées fondamentales de Vico.

Ce qui précède et produit tout, c'est l'esprit et la pensée : l'esprit de l'homme produit l'idée, la volonté de l'homme produit le fait. L'idée et le fait partent du même centre : donc il doit y avoir entre le fait et l'idée analogie et harmonie nécessaire, ou, comme parlent aujourd'hui Hégel et son école, identité de la nature humaine et de l'histoire. L'homme au début du monde et de la vie ne réfléchit pas : il voit et il agit, il est instinctif et spontané; ou, pour employer la phraséologie même de Vico, l'homme commence par le *certain* et finit par le *vrai*. D'abord il croit et il agit, puis il réfléchit et juge. L'histoire est conforme à cet ordre.

L'homme au début du monde se sent faible, isolé, lève les yeux au ciel, et croit à la providence et aux dieux. Cette idée le préoccupe tout entier et caractérise l'âge divin. A cette époque du monde, l'homme se croit en communication immédiate avec Dieu, et la théocratie gouverne. Mais peu à peu les puissants, les hommes forts et supérieurs, ont rassemblé autour d'eux non-seulement leurs enfants, mais des hommes faibles et timides, qui, pour être protégés, se font les esclaves et les serviteurs des forts, *famuli*,

familia [1]. C'est l'âge héroïque, où l'élite de l'humanité constitue une aristocratie nécessaire. Mais les puissants abusent de leur autorité et descendent du pouvoir au despotisme. D'un autre côté, dans le cœur des hommes faibles qui avaient demandé protection monte le sentiment de la dignité humaine, de la liberté, et pendant que les uns se gonflent en tyrans, les autres s'élèvent en hommes libres. Alors combat, lutte, démocratie; puis monarchie, qui, par ses oscillations harmoniques, concilie les droits et tempère les extrêmes.

Voilà l'histoire du monde : pour chaque peuple pris séparément, il aura trois principes; il honorera les dieux, aura des mariages solennels, et ensevelira les morts. Tel est, pour le génie religieux et mélancolique de Vico, le triple principe de la société humaine.

Je n'analyserai point Vico, qui commence à être bien connu ; je relèverai seulement sa théorie du droit naturel, où il est en contradiction avec Grotius, Selden et Pufendorf. Il a beaucoup étudié ses trois devanciers, ainsi que Bodin. Il sent qu'il continue leur ouvrage avec plus de force et de grandeur. Il leur reproche de fonder le droit naturel sur l'abstraction de la raison humaine

[1] C'est ici que Vico diffère avec raison de Bodin, qui ne voit dans la famille que les enfants du père.

plutôt que sur la volonté de la divine providence réalisée par l'histoire et l'accord des nations. Il préfère le témoignage historique, parce que ce témoignage devient une conséquence naturelle de ses principes chrétiens, et qu'il y trouve l'inestimable avantage de rattacher l'histoire à la théologie catholique. Mais il a échappé à Vico que Grotius ne récuse pas l'histoire, puisqu'il s'en appuie à chaque pas, mais que, voulant trouver la source philosophique du droit, il devait aller à l'esprit humain, cause suprême et dernière des actions humaines. Vico, jurisconsulte et théologien, fait découler le droit de la religion; pour lui, comme dans l'ancienne Rome, *jurisprudentia est rerum humanarum et divinarum scientia*; il fait entrer le monde sous la formule du droit et soumet le droit à la religion.

Dans la *Science nouvelle*, que de vues sur la philosophie et sur l'histoire! que de pressentiments féconds! Qui le premier a montré les grands hommes comme les représentants et les symboles des idées de la nature humaine? C'est Vico. Qui a reconnu l'autorité du sens commun en l'opposant à l'abstraction philosophique, et fondé ainsi l'éclectisme moderne? Vico. C'est lui qui a comme deviné les travaux et les idées de l'Allemagne, de Wolf, de Niebuhr et de Hegel. Car il a dit sur Homère tout ce que Wolf plus tard a étayé des

ressources d'une ingénieuse philologie. Il a eu plus qu'aucun moderne le sentiment de Rome primitive et religieuse, de ses origines, de son droit symbolique; le premier il a conçu le droit romain comme un poème sérieux, et a laissé sur son histoire et ses antiquités des conjectures puissantes, que Niebuhr a poursuivies [1]. Enfin il a établi nettement cette identité de la nature humaine et de l'histoire qu'aujourd'hui Hegel enseigne à Berlin.

Mais voici maintenant la part de la faiblesse. Vico a transporté dans l'histoire du monde ce qu'il avait justement observé dans l'histoire de Rome, ce qui est réel dans la jurisprudence romaine, trois âges : l'âge divin, l'âge héroïque, l'âge humain, tour à tour marqués par la religion, l'aristocratie et les plébéiens de Rome. Mais il ne fallait pas appliquer à l'histoire universelle cette division historique, qui n'est entièrement vraie que pour Rome. Aussi Vico méconnaît-il entièrement le monde moderne; s'il ne peut l'ignorer tout-à-fait comme il ignore l'Orient, il en altère entièrement le caractère par l'identité qu'il veut établir entre le moyen âge et les temps héroïques, et son éternelle reproduction des trois âges; puis il n'avance pas dans l'histoire du monde. Quand, à la fin du moyen âge, il arrive aux établissements

[1] Voyez aussi les ouvrages de M. Ballanche, qui a développé dans sa prose harmonieuse les principales idées de Vico.

modernes, le livre de la nature et de l'histoire semble fini pour lui; il ne saurait plus faire un pas, enveloppé qu'il est dans d'infranchissables limites.

Tel est Vico, grandeur et faiblesse. Si nous estimons les hommes pour leur originalité, nous devons beaucoup estimer Vico, car à coup sûr il est original. Que font les hommes originaux? Pensent-ils autrement que le reste de l'humanité? A Dieu ne plaise; mais ils pensent avant le temps ce que doivent penser ceux qui viendront après eux: c'est une affaire de chronologie; l'originalité est prophétique. Or, à voir Vico au dix-huitième siècle s'affranchir à la fois de l'influence de Descartes, qui régnait en Italie, et de l'influence de Locke, qui commençait par la plume de Voltaire à régner en Europe; à voir, au milieu des dédains d'une philosophie hostile et superbe, l'histoire ramenée à son rang par un solitaire que déchiraient le malheur et le génie, qui étouffait de se voir méprisé, qui continua néanmoins son monologue à côté des moqueries, et, qui pis est, de l'indifférence, croyant en lui-même et à son immortalité; enfin, à voir Vico résister seul au torrent du dix-septième et du dix-huitième siècle pour préparer le dix-neuvième, nous pouvons à coup sûr lui décerner le nom de génie original.

CHAPITRE XIV.

MONTESQUIEU.

Louis XIV était mort en 1715, et trois ans après, l'esprit du dix-huitième siècle apparaissait sous la physionomie tragique de l'Œdipe de Voltaire. Encore trois ans après, en 1721, Montesquieu publia les *Lettres persanes*.

Il était réservé à Montesquieu de faire à la fois l'ouvrage qui répondît le mieux à l'instinct de son siècle, et l'ouvrage qui lui fût le plus contraire : les *Lettres persanes* et l'*Esprit des Lois*. Dans la correspondance de ses Persans, il a mieux exprimé que personne l'humeur de ses contemporains, tout ensemble frivoles et profonds, et battant en ruine par la raillerie l'ordre établi. Aussi à l'apparition des *Lettres persanes* il n'y eut qu'un cri d'enthousiasme et de satisfaction : c'était le mot du temps, le livre du siècle. Voltaire se mit à dire avec humeur : *Ces Lettres persanes, si faciles à faire;* faciles, pour Voltaire peut-être. Il eut pu les faire, je le crois, car il était de force; mais enfin il ne les a pas faites, et ce fut comme une moquerie du sort de lui ravir cette gloire pour la donner à Montesquieu.

Les *Lettres persanes* avaient donc pour auteur un président au parlement de Bordeaux, au grand étonnement de tous et au scandale de plusieurs. Quelques années après, Montesquieu publia ses *Considérations sur la Décadence et la Grandeur des Romains*, excellent morceau de l'école de Tacite. Mais ce n'était pas son dernier mot : depuis sa jeunesse il méditait un ouvrage dont il avait de bonne heure arrêté les principes. Il avait payé tribut au siècle par ses *Lettres persanes;* mais pour se satisfaire lui-même, il fit l'*Esprit des Lois*.

Montesquieu définit ainsi les lois : « Les lois, « dans leur signification la plus étendue, sont les « rapports nécessaires qui dérivent de la nature « des choses, et dans ce sens tous les êtres ont « leurs lois : la Divinité a ses lois, le monde ma« tériel a ses lois, les intelligences supérieures à « l'homme ont leurs lois, les bêtes ont leurs lois, « l'homme a ses lois. » Cette appréciation de la loi est à coup sûr une des plus belles observations qu'ait faites le génie de l'homme. La définition comprend le monde, et dans son impartiale réalité plane au-dessus de tous les systèmes. De ce point de vue, Montesquieu fait découler le droit d'une raison primitive, et le distingue nettement des lois positives. « Avant qu'il y eût des lois faites, « il y avait des rapports de justice possibles. Dire « qu'il n'y a rien de juste et d'injuste que ce qu'or-

« donnent ou défendent les lois positives, c'est « dire qu'avant qu'on eût tracé de cercle, tous les « rayons n'étaient pas égaux. » Puis il considère l'histoire de tous les peuples, leurs mœurs, leur législation. Alors il demeure convaincu « Que « dans cette infinie diversité de lois et de mœurs « les hommes ne sont pas uniquement conduits « par leurs fantaisies [1]; » il conçoit que dans le moral il y a des rapports nécessaires; il compose un ouvrage *où chaque nation trouvera la raison de ses maximes* [2], où il expose l'esprit des lois qui ont été faites jusqu'à lui, où il trace une histoire universelle. Montesquieu est historien par excellence; toujours il est préoccupé de cette pensée, qui n'était pas celle de son siècle, de juger les choses pour elles-mêmes, sans aucun parti pris, sans aucune théorie faite d'avance. Il a écrit quelque part : « Transporter dans des siècles reculés « toutes les idées du siècle où l'on vit, c'est des « sources de l'erreur celle qui est la plus féconde. « A ces gens qui veulent rendre modernes tous « les siècles anciens, je dirai ce que les prêtres « d'Égypte dirent à Solon : O Athéniens! vous « n'êtes que des enfants [3]. »

Il y avait trop d'originalité à intervenir ainsi au

[1] Préface de l'Esprit des Lois.
[2] Ibidem.
[3] Esprit des Lois, liv. 30, chap. 14.

milieu de contemporains que passionnaient en sens contraires les sarcasmes de Voltaire et les élans de Jean-Jacques, avec cette impartialité qui cherchait la nature et la raison de chaque institution, et finissait par conclure « Qu'il n'appar« tient de proposer des changements qu'à ceux « qui sont assez heureusement nés pour pénétrer « d'un coup de génie toute la constitution d'un « état[1]. » Aussi ne fut-il pas entendu. Les salons prononcèrent que c'était de l'esprit sur les lois. On prêta à Montesquieu les systèmes les plus bizarres; on s'imagina qu'il voulait justifier toutes les institutions dont il rendait les raisons historiques. Les formes du style dupèrent aussi les esprits. Montesquieu disait sans cesse : *Cela doit être, cela sera;* ce qui n'implique pas une approbation morale, un dogme philosophique, mais simplement la reconnaissance et l'histoire des *rapports nécessaires*. C'est lui qui, plutôt que Lucrèce, aurait pu intituler son livre, *de la Nature des choses*.

Montesquieu prit pour épigraphe : *Prolem sine matre creatam*, donnant à entendre que son ouvrage était entièrement original, et qu'il n'en devait l'idée à personne. Mais tout homme est sous l'empire inévitable de ses antécédents; s'il a de la

---

[1] Préface de l'Esprit des Lois.

force et du génie, il les surpasse, et vient lui-même, mais à leur suite, jouer un rôle pour son compte. Tout grand homme est à la fois disciple et original; et Montesquieu, qui pensait n'avoir pas d'antécédents dans la carrière, en avait néanmoins plusieurs dont on retrouve même les traces dans son ouvrage : ce sont Bodin, Machiavel, Gravina et Vico.

Nous avons vu Bodin, au seizième siècle, poser les fondements de la philosophie du droit dans son traité *de la République*, où il se montre partagé entre les vues *a priori* et la méthode d'observation, et à la fois superstitieux et rationnel. Son érudition, plusieurs détails sur l'aristocratie de Venise, sa théorie du climat, le cadre même et l'esprit général de son ouvrage, ont été fort utiles à Montesquieu, qui, par Bodin, relève ainsi du seizième siècle.

L'Italie le préoccupa beaucoup. Seul de ses contemporains au dix-huitième siècle, il se tourna souvent vers cette terre d'historiens et de jurisconsultes; il y avait des amis. Il avait beaucoup étudié les *Origines* de Gravina, et lui emprunta parfois, non-seulement quelque fait, mais même des pensées. Mais un homme qui, plus que Bodin et Gravina, inspira Montesquieu, c'est Machiavel. Le Florentin s'était demandé, à la fin du quinzième siècle, pourquoi on ne tirerait pas des le-

çons de la politique et de l'histoire des anciens; pourquoi, lorsqu'on étudiait leurs statues, leurs poèmes et leurs tragédies, pour les progrès de l'art et des lettres, on n'étudiait pas leurs annales afin de se mieux conduire dans la vie politique. Cet esprit qui veut recueillir des faits observés en eux-mêmes, des leçons pour le présent et l'avenir, se retrouve à chaque pas dans Montesquieu, préoccupé, comme Machiavel, des intérêts purement politiques, mais qui lui est supérieur en ce qu'il embrasse l'universalité des faits, tandis que Machiavel n'est guère frappé que de ce qui est antique et italien. La division des gouvernements en trois espèces, monarchique, aristocratique et populaire, appartient, parmi les modernes, à Machiavel [1]. Bodin l'a imitée, et des ouvrages de Machiavel et de Bodin, elle a passé dans l'*Esprit des Lois*.

Est-ce tout, et l'Italie n'a-t-elle pas encore fourni à Montesquieu un autre appui? a-t-il profité de la *Science nouvelle?* Il a pu l'avoir entre les mains, car Vico écrivait dès 1720, et mourut en 1744, quatre ans avant l'apparition de l'*Esprit des Lois*. Je crois volontiers que Montesquieu avait lu Vico, bien qu'il n'en ait pas parlé, comme on le lui a reproché en Italie. En général, on avait jusqu'à

[1] Discours sur Tite-Live, liv. 1, chap. 2.

nos jours peu parlé de Vico, même en Allemagne, où cependant on le connaissait.

Mais, entre l'*Esprit des Lois* et la *Science nouvelle*, n'y a-t-il pas une différence fondamentale? Le platonicien Vico fait descendre les faits des idées; c'est d'après les lois de l'esprit et du monde idéal qu'il conclut au monde historique; il est métaphysicien par excellence. Il n'en est pas ainsi de Montesquieu, esprit historique et observateur, étranger à la haute métaphysique, ne cherchant dans Platon et dans Aristote que des détails sur les lois et les mœurs d'Athènes et de la Grèce [1]. Aussi je n'hésite pas à croire que, si Montesquieu a lu Vico, il n'en a pas compris le système métaphysique et platonicien, et qu'il n'aura été frappé que de son ingénieuse érudition. Cependant, avec la pensée que Vico fut connu de Montesquieu, on peut soupçonner que le système de la *Science nouvelle*, bien que Montesquieu ne s'y soit pas arrêté, a jeté quelque incertitude dans son esprit et dans sa marche, et qu'il a quelquefois entrevu le rôle de l'homme dans l'histoire, comme y apportant des lois et des idées nécessaires. Mais cette vue est courte et confuse. Ne dit-il pas que les hommes ne sont pas uniquement conduits par

[1] Voyez ses Pensées détachées.

leurs fantaisies? Ils sont donc conduits par leur nature. Quelle est cette nature? Montesquieu ne le dit pas, et se rejette dans la contemplation pure et simple des faits extérieurs. Mais voici un passage plus remarquable : « Mais il s'en faut bien « que le monde intelligent soit aussi bien gou-« verné que le monde physique ; car, quoique « celui-là ait aussi des lois qui par leur nature sont « invariables, il ne les suit pas constamment comme « le monde physique suit les siennes. La raison en « est que les êtres particuliers intelligents sont « bornés par leur nature, et par conséquent su-« jets à l'erreur ; et, d'un autre côté, il est de leur « nature qu'ils agissent par eux-mêmes. Il ne sui-« vent donc pas constamment leurs lois primi-« tives ; et celles même qu'ils se donnent, ils ne « les suivent pas toujours. » Voilà donc des lois invariables pour l'esprit humain. Montesquieu en tirera-t-il, comme Vico, et plus tard Hégel, des conséquences logiques pour l'histoire et les rapports nécessaires des idées et des faits? Non, il ne poursuit pas cette voie : aussi cherche-t-il toujours les raisons des choses, tandis que Vico leur impose des lois. Il est analytique; Vico, au contraire, procède synthétiquement; et, pour continuer le langage de l'école, Montesquieu emploie la méthode *a posteriori*, Vico celle *a priori*; enfin

il a l'esprit philosophique et observateur, Vico le génie métaphysique.

Si Montesquieu a ignoré le fond de la nature humaine, ce qui l'a surtout égaré dans sa théorie du climat; s'il n'eut sur ce point que de nobles pressentiments, il est aussi muet sur ce que j'appellerais volontiers l'ontologie de l'histoire, sur l'état primitif des sociétés et sur les races primitives, mystères historiques dans lesquels nous nous plaisons aujourd'hui à jeter un œil curieux. D'ailleurs, depuis 1748, où parut l'*Esprit des Lois*, l'érudition, la philologie, les révolutions et la philosophie ont débordé de toutes parts le monument de Montesquieu, mais sans le renverser, et il apparaîtra toujours sur l'océan de l'histoire comme le phare du dix-huitième siècle.

A un sens exquis d'historien auquel il dut les peintures heureuses de Rome, de l'Angleterre et de la France, de Charlemagne et d'Alexandre, Montesquieu joignait une imagination enchanteresse, et on lui donnera le nom de grand poète si on consent à dire avec lui : « Oh! les grands « poètes que Montaigne, Malebranche et Platon! » Son livre est comme un poëme rationnel où se développe le drame de l'humanité; il le sentait, car lui aussi invoquait les Muses :

Invocation aux Muses.

« Vierges du mont Piérie [1], entendez-vous le « nom que je vous donne? Inspirez-moi : je cours « une longue carrière ; je suis accablé de tristesse « et d'ennui. Mettez dans mon esprit ce charme « et cette douceur que je sentais autrefois et qui « fuient loin de moi. Vous n'êtes jamais si divines « que quand vous menez à la sagesse et à la vérité « par le plaisir.

« Mais si vous ne voulez point adoucir la ri-« gueur de mes travaux, cachez le travail même ; « faites qu'on soit instruit et que je n'enseigne « pas, que je réfléchisse et que je paraisse sentir; « et lorsque j'annoncerai des choses nouvelles, « faites qu'on croie que je ne savais rien et que « vous m'avez tout dit.

« Quand les eaux de votre fontaine sortent du « rocher que vous aimez, elles ne montent pas « dans les airs pour retomber; elles coulent dans « la prairie; elles font vos délices, parce qu'elles « font les délices des bergers.

« Muses charmantes, si vous portez sur moi « un seul de vos regards, tout le monde lira mon « ouvrage, et ce qui ne saurait être un amusement « sera un plaisir.

---

[1] Narrate, puellæ
Pierides; prosit mihi vos dixisse puellas.
JUVÉNAL, satire IV.

« Divines muses, je sens que vous m'inspirez « non pas ce qu'on chante à Tempé sur les cha-« lumeaux, ou ce qu'on répète à Délos sur la « lyre; vous voulez que je parle à la raison; elle « est le plus parfait, le plus noble et le plus exquis « de nos sens [1]. »

C'est ainsi que ce grand jurisconsulte, fatigué dans sa course, se rafraîchissait aux sources vives de l'imagination et de la poésie. Je dis jurisconsulte et ne m'en dédis pas, bien que ce soit une nouveauté d'appeler aujourd'hui Montesquieu ju-consulte. Lui-même cependant en jugeait autrement; dans sa défense de l'Esprit des Lois il dit : « Quoique ce livre soit un ouvrage de pure poli-« tique et de *pure jurisprudence*... » Il écrivait au duc de Nivernois que, « *jurisconsulte français*, il « aura la même indifférence pour les censures « de la cour de Rome que ses confrères les juris-« consultes français. » Montesquieu est donc un grand jurisconsulte, en mêlant ensemble l'histoire et la philosophie; restituons-lui le nom qui lui appartient; l'Allemagne ne s'y est pas trompée, et a salué dans Montesquieu l'apogée de la jurisprudence française.

J'ai dit que l'Esprit des Lois ne fut pas compris de son siècle. L'histoire en fournit une preuve

[1] Montesquieu fut dissuadé par un de ses amis de mettre cette invocation au milieu de l'Esprit des Lois.

curieuse. Montesquieu était fort lié avec Helvétius et Saurin; il communiqua à Helvétius le manuscrit de son ouvrage. Comment peindre le désappointement de celui-ci? Il s'attendait à de belles théories sur l'intérêt et sur les sens, à la réprobation violente du présent et du passé, et il trouve une impartialité intelligente et calme, une âme sereine qui a bien aussi son indignation pour le mal, mais sans déclamation et sans fureur, et seulement avec une ironie brève et une amertume concise; enfin un tableau de l'histoire d'où il ne ressortait pas que le dix-huitième siècle seul avait connu la vraie sagesse. Helvétius ne put s'en taire. Il écrivit à Montesquieu : « J'ai relu « jusqu'à trois fois, mon cher président, le ma- « nuscrit que vous m'avez fait communiquer. « Vous m'avez vivement intéressé pour cet ou- « vrage à la Brède. Je n'en connaissais pas l'en- « semble. Je ne sais si nos têtes françaises seront « assez mûres pour en saisir les grandes beautés; « pour moi, elles me ravissent. J'admire l'étendue « du génie qui les a créées, et la profondeur des « recherches auxquelles il a fallu vous livrer pour « faire sortir la lumière de ce fatras de lois bar- « bares, dont j'ai toujours cru qu'il y avait si « peu de profit à tirer pour l'instruction et le « bonheur des hommes. Je vous vois, comme le « héros de Milton, pataugeant au milieu du

« chaos, sortir victorieux des ténèbres. Nous
« allons être, grâce à vous, bien instruits de
« l'esprit des législations grecque, romaine, van-
« dale et wisigothe; nous connaîtrons le dédale
« tortueux au travers duquel l'esprit humain
« s'est traîné pour civiliser quelques malheureux
« peuples opprimés par des tyrans ou des char-
« latans religieux. Vous nous dites : Voilà le
« monde, comme il s'est gouverné et comme il
« se gouverne encore. Vous lui prêtez souvent
« une raison et une sagesse qui n'est au fond que
« la vôtre, et dont il sera bien surpris que vous
« lui fassiez les honneurs. Vous composez avec le
« préjugé, comme un jeune homme, entrant
« dans le monde, en use avec les vieilles femmes
« qui ont encore des prétentions, et auprès des-
« quelles il ne veut qu'être poli et paraître bien
« élevé. Mais aussi ne les flattez-vous pas trop ?
« Passe pour les prêtres. En faisant leur part de
« gâteau à ces cerbères de l'église, vous les faites
« taire sur votre religion; sur le reste, ils ne vous
« entendront pas. Nos robins ne sont en état ni
« de vous lire, ni de vous juger. Quant aux aris-
« tocrates et à nos despotes de tout genre, s'ils
« vous entendent, ils ne doivent pas trop vous
« en vouloir; c'est le reproche que j'ai toujours
« fait à vos principes. Souvenez-vous qu'en les
« discutant à la Brède, je convenais qu'ils s'appli-

« quaient à l'état actuel; mais qu'un écrivain qui
« voulait être utile aux hommes devait plus s'oc-
« cuper de maximes vraies dans un meilleur ordre
« de choses à venir, que de consacrer celles qui
« sont dangereuses, du moment que le préjugé
« s'en empare pour s'en servir et les perpé-
« tuer, etc. »

Mais Helvétius, écrivant à Saurin, leur ami commun, achève de montrer toute sa pensée :

« J'ai écrit, mon cher Saurin, comme nous en
« étions convenus, au président, sur l'impression
« que vous avait faite son manuscrit, ainsi qu'à
« moi. J'ai enveloppé mon jugement de tous les
« égards de l'intérêt et de l'amitié, etc....... Je vous
« envoie sa réponse, puisque vous ne pouvez pas
« me venir chercher à la campagne. Vous la trou-
« verez telle que je l'avais prévue. Vous verrez
« qu'il avait besoin d'un système pour rallier
« toutes ses idées, et que, ne voulant rien perdre
« de tout ce qu'il avait pensé, écrit, ou imaginé,
« depuis sa jeunesse, selon les dispositions par-
« ticulières où il s'est trouvé, il a dû s'arrêter
« à celui qui contrarierait le moins les opinions
« reçues. Avec le genre d'esprit de Montaigne, il
« a conservé ses préjugés d'homme de robe et
« de gentilhomme : c'est la source de toutes ses
« erreurs. Son beau génie l'avait élevé dans sa
« jeunesse jusqu'aux Lettres persanes. Plus âgé,

« il semble s'être repenti d'avoir donné à l'envie
« ce prétexte de nuire à son ambition. Il s'est plus
« occupé à justifier les idées reçues que du soin
« d'en établir de nouvelles et de plus utiles. Sa
« manière est éblouissante. C'est avec le plus grand
« art du génie qu'il a formé l'alliage des vérités et
« des préjugés. Beaucoup de nos philosophes
« pourront l'admirer comme un chef-d'œuvre.
« Ces matières sont neuves pour tous les esprits,
« et moins je lui vois de contradicteurs et de
« bons juges, plus je crains qu'il ne nous égare
« pour long-temps. Mais que diable veut-il nous
« apprendre par son traité des fiefs? Est-ce une
« matière que devait chercher à débrouiller un
« esprit sage et raisonnable? etc..... L'esprit de
« corps nous envahit de toutes parts. Sous le nom
« de corps, c'est un pouvoir qu'on érige aux dé-
« pens de la grande société. C'est par des usurpa-
« tions héréditaires que nous sommes gouvernés.
« Sous le nom de Français, il n'existe que des
« corporations, et pas un citoyen qui mérite ce
« titre. Les philosophes eux-mêmes voudraient
« former des corporations; mais, s'ils flattent l'inté-
« rêt particulier aux dépens de l'intérêt commun,
« je le prédis, leur règne ne sera pas long. Les
« lumières qu'ils auront répandues éclaireront
« tôt ou tard les ténèbres dont ils envelopperont
« les préjugés, et notre ami Montesquieu, dé-

« pouillé de son titre de sage et de législateur, ne « sera plus qu'un homme de robe, gentilhomme « et bel esprit. Voilà ce qui m'afflige pour lui, et « pour l'humanité, qu'il aurait pu mieux servir. »

Qu'Helvétius ait relevé avec finesse les faiblesses de l'esprit de Montesquieu, et que plusieurs de ses observations soient aussi justes que vives, nul doute; mais ce qu'il importait de constater, c'est cette réprobation de l'histoire, cette préoccupation qui fait prendre un tableau pour une apologie, cette intime conviction que la vraie philosophie ne datait que de Locke et de Voltaire, et cette méconnaissance absolue de la philosophie et de l'histoire. Au surplus Montesquieu sentait fort bien, malgré les applaudissements qu'il avait arrachés, qu'au fond il n'était pas compris. « Quant à Voltaire, écrivait-il à l'abbé « Guasco, il a trop d'esprit pour m'entendre. Tous « les livres qu'il lit, il les fait; après quoi il ap« prouve ou critique ce qu'il a fait. » Et à l'auditeur Bertolini : « Vous qui m'entendez si bien « contre des gens qui m'ont si mal entendu, qu'on « pourrait gager qu'ils ne m'ont pas seulement « lu.... »

Si Montesquieu, par la nature de son génie, s'était mis lui-même hors de tout rapport avec son siècle, il est en harmonie parfaite avec le nôtre. Cette impartialité grave, pleine de désintéresse-

ment, qui agrandit l'esprit et purifie l'âme des petites passions, que Montesquieu avait devinée et conservée au milieu des cris et des émotions de ses contemporains, nous y sommes arrivés à travers les systèmes et les révolutions. Nous sentons aujourd'hui le besoin de la justice et de la science; c'est un bon moment pour nous rallier à Montesquieu. C'est lui qui nous a enseigné que le droit a besoin, dans nos sociétés modernes, de s'appuyer sur l'expérience des peuples et les méditations des penseurs, et que le jurisconsulte doit prendre position entre l'histoire et la philosophie. C'est Montesquieu qui, sans passions politiques ni intérêt de système, observe le monde moral comme Newton le monde physique; cherche la raison des choses, ne les appelle pas à lui, mais pénètre dans leur esprit; qui à une belle âme joint l'imagination de Platon et la raison politique d'Aristote; qui, dans un style impérissable, expression incorruptible d'un noble cœur et d'un beau génie, a montré que l'impartialité avait aussi son éloquence et sa poésie; dont la plume magique a su rendre vivant et presque théâtral ce que l'esprit humain a produit de plus abstrait et de plus barbare, les lois des Romains et les lois des Francs; et dont la gloire pure et radieuse, qu'aucune autre ne saurait effacer, éclairera notre jeune génération. Si, comme l'a dit un brillant

écrivain[1], Voltaire n'eut d'autre élève que son siècle, Montesquieu, que ses contemporains n'ont pas compris, aura pour élève le siècle présent. C'est nous qui entrons dans la vie et dans la société avec l'ardeur et la bonne foi d'un esprit qui veut tout connaître et tout comprendre, qui ne sommes solidaires des fautes et des excès de personne, qui sommes dignes de nous instruire à l'école de Montesquieu, de sentir la hauteur et la probité de son génie.

---

[1] M. Villemain.

CHAPITRE XV.

FILANGIERI. — BECCARIA.

Le génie original de Vico avait mis l'Italie à la tête de la jurisprudence européenne par l'initiative hardie qu'il avait prise dans la philosophie de l'histoire. Mais la seconde moitié du dix-huitième siècle présente un spectacle différent : car l'Italie, comme effrayée du chemin qu'elle avait fait sur la trace de l'aventureux Vico, vient se mettre à la suite de la philosophie française, comme une humble écolière; témoin Filangieri et Beccaria. Après Vico, Genovesi professa avec gloire la métaphysique et l'économie politique; Gennaro mêlait avec éclat la théorie à la pratique, écrivait son bizarre et piquant ouvrage *Respublica jurisconsultorum*, et eut pour contemporain le jeune Gaetano Filangieri.

Mais c'est ici le lieu d'énumérer rapidement les principaux travaux historiques et de pure érudition qui ont illustré l'Italie pendant le cours du dix-huitième siècle. Je dirai seulement les noms de Muratori, qui rassembla tant de matériaux nécessaires à l'histoire du droit; de Mazzocchi, qui le premier expliqua les tables d'Hé-

raclée, de Tirasboschi, d'Alexandre Machiavel, de Sarti, de Fattorini, de Fantuzzi, de Facciolati; de Lupi, tenu pour autorité souveraine par M. de Savigny sur une partie des lois lombardes; de Lanzi, sagace interprète de l'archéologie étrusque. Ces travaux de la science italienne, auxquels l'Allemagne doit beaucoup, furent entrepris et exécutés dans le pur intérêt de l'érudition; ils ne se rattachent ni au cartésianisme italien, ni au système de Vico, ni à la philosophie française qui va régner à Naples et à Milan.

Montesquieu mourut en 1755, et laissa le champ libre à la philosophie de Locke et de Condillac. Avec lui disparut l'intelligence profonde et vraie de l'histoire, qui n'eut plus que Mably pour sectateur consciencieux, et Fréret pour grand érudit. Jean-Jacques, avec son antipathie pour l'homme social, ses études fort légères sur l'histoire ancienne et moderne, ne saurait être, malgré la verve de sa logique, l'éclat de son style, les trésors de son imagination, considéré comme un génie historiquement politique. Pour Voltaire, le dictateur du siècle, qui conduisait au combat la phalange des philosophes, l'étendue de son esprit et la vigueur de son bon sens, qui le ramènent malgré lui à l'impartialité, en ont fait, en dépit de sa position, un grand historien. Il ne faut pas s'étonner s'il a fait de l'histoire une prédication, mais

bien s'émerveiller qu'aussi souvent il revienne à la justice par la justesse de son esprit. Car enfin, on peut le dire aujourd'hui, il avait fait de sa vie un combat contre la religion; il avait pris corps à corps le christianisme. Une seule pensée l'occupait, il était sourd et aveugle à tout le reste. Il ignorait entièrement l'esprit des institutions et de la liberté politique; il n'aimait pas les parlements, débris des franchises de l'ancienne France, et il avait raison, car cette antique corporation s'opposait au siècle : le peuple aimait les parlements, parce qu'ils semblaient satisfaire en quelque chose les idées politiques qui commençaient à poindre, et les philosophes haïssaient les parlements, qui brûlaient leurs ouvrages et décrétaient leurs personnes. Aussi Voltaire en appelait au pouvoir et aux souverains, pour le triomphe de sa cause; il ne connaissait que les philosophes pour éclairer les gouvernements, et les gouvernants pour dispenser des lois aux gouvernés : il n'avait oublié qu'une chose, la société.

Dans un petit pamphlet intitulé *la Voix du sage et du peuple*, qu'il publia en 1750, il disait : « La bonté d'un gouvernement consiste à protéger « et à contenir également toutes les professions « d'un état. Le gouvernement ne peut être bon « s'il n'y a une puissance unique.... Dans un état « quelconque, le plus grand malheur est que

« l'autorité législative soit combattue. Les années
« heureuses de la monarchie ont été les dernières
« de Henri IV, celles de Louis XIV et de Louis XV,
« quand ces rois ont gouverné par eux-mêmes...
« La raison nous apprend que, quand le prince
« voudra extirper un abus préjudiciable, les peu-
« ples doivent y concourir et y concourront, l'abus
« eût-il quatre mille ans d'ancienneté. Cette rai-
« son nous enseigne que le prince doit être maître
« absolu de toute police ecclésiastique, sans au-
« cune restriction, puisque cette police ecclésias-
« tique est une partie du gouvernement....... C'est
« un très grand bonheur pour les princes et pour
« l'état qu'il y ait beaucoup de philosophes qui
« impriment ces maximes dans la tête des hom-
« mes. Les philosophes, n'ayant aucun intérêt
« particulier, ne peuvent parler qu'en faveur de
« la raison et de l'intérêt public. Les philosophes
« rendent service au prince en détruisant la su-
« perstition, qui est toujours l'ennemie des prin-
« ces........ Ce qui peut arriver de plus heureux
« aux hommes, c'est que le prince soit philoso-
« phe, etc. »

Cette philosophie qui demandait les réformes sociales aux gouvernements passa en Italie, et trouva à Naples un accès d'autant plus facile, qu'à cette époque une administration douce et bienveillante y travaillait au bonheur du peuple,

en se permettant des améliorations modérées et successives. Le marquis de Tanucci, ministre de Charles III et de Ferdinand IV, avait chargé Pasquale Cirillo de la rédaction d'un nouveau code qui tirât du chaos la jurisprudence napolitaine. L'ouvrage parut sous le titre de *Code Carolino*, mais il demeura sans vigueur et sans autorité au milieu des obstacles que lui opposèrent les habitudes et les préjugés du barreau napolitain. Tanucci voulut au moins améliorer l'administration de la justice par une ordonnance particulière qui enjoignait aux juges de motiver leurs sentences, et de s'en rapporter aux lois, et non pas aux opinions des docteurs et des commentateurs. Le barreau et les juges se soulevèrent; la clameur était générale, quand un jeune avocat, dans un petit écrit, prit hautement la défense de l'ordonnance royale, en démontra les bienfaits: c'était Filangieri, qui débutait ainsi avec une vivacité généreuse, et venait prêter l'autorité de son enthousiasme et de sa jeunesse aux bonnes volontés du pouvoir. Il examinait rapidement dans son opuscule les raisons qui devaient faire approuver l'ordonnance du marquis de Tanucci, démontrait que l'arbitraire dans les jugements est incompatible avec la liberté civile, et développait un instinct plein de sagacité pour la législation et le droit, qui décelait une étude profonde de Montes-

quieu. Il finissait par cette apostrophe : « Jeunesse « malheureuse ! qu'on voudrait condamner à « l'inaction dans les plus belles années de la vie, « ne sois pas intimidée par ce murmure de voix « qui cherchent à t'imposer silence lorsqu'il s'agit « de défendre la cause du roi et de la patrie. « Vainement te citent-elles pour exemple une « école où l'on achetait par plusieurs années de « silence le droit de parler sensément pendant le « reste de la vie : réponds-leur qu'il convient aux « jeunes gens de prendre la parole quand les « vieillards restent muets. »

Le marquis de Tanucci voulut témoigner sa reconnaissance à son jeune défenseur ; il l'attira à la cour. Filangieri, qui était d'une illustre maison, quitta le barreau, et se partagea désormais entre le métier de courtisan philosophe et les travaux de la science. Il mourut à trente-six ans, et, malgré cette courte carrière, il a laissé un ouvrage qui atteste la sincérité de ses études, la pureté de son âme, une existence remplie ; et si dans sa *Science de la législation* il est loin d'avoir laissé un monument indestructible, il a du moins fait preuve d'un noble cœur et d'un esprit élevé.

Naples et surtout la cour étaient, pour les idées philosophiques, la succursale de Paris. Filangieri admirait bien Montesquieu, mais il pensa qu'il ne devait pas tenir la même route. Montesquieu

n'avait fait que l'histoire des lois existantes : il voulut écrire la théorie des lois à faire; au lieu de chercher l'esprit des lois, créer la science de la législation. Il avait à ses yeux la mission d'un philosophe destiné à provoquer les réformes que les gouvernements devaient exécuter : il s'agissait donc de convertir les rois et de les endoctriner à l'école de la philosophie.

« Chefs des nations, s'écrie Filangieri, si vous « devez quelque jour examiner mes principes et « mes idées, je vous supplie avec l'immortel Mon- « tesquieu de ne pas condamner dans une lecture « de quelques instants un travail de plusieurs « années; je vous supplie de ne point avilir du « nom de novateur fanatique, ou d'esprit à sys- « tème, un écrivain qui ose quelquefois aban- « donner les idées anciennes pour chercher la « vérité dans une époque moins éloignée de lui. « L'homme, enrichi des découvertes de ses pères, « a reçu l'héritage de leurs pensées. C'est un dé- « pôt qu'il est obligé de transmettre à ses des- « cendants, augmenté de ses propres réflexions. « Si la plus grande partie des hommes méprise « ce devoir sacré, je proteste, moi, de le remplir « avec courage, également éloigné de la pédan- « terie servile de ceux qui ne peuvent souffrir « aucun changement et de l'imprudente bizarrerie « de ceux qui voudraient tout détruire.

« Cet ouvrage sera divisé en sept livres. Dans « le premier j'exposerai les règles générales de « la science de la législation ; dans le second, je « parlerai des lois politiques et économiques ; « dans le troisième, des lois criminelles ; je dé- « velopperai dans le quatrième cette partie de la « science de la législation qui regarde l'éducation, « les mœurs et l'instruction publique ; le cin- « quième aura pour objet les lois relatives à la « religion ; le sixième, les lois relatives à la pro- « priété ; le septième enfin sera consacré à parler « des lois qui ont rapport à la puissance pater- « nelle et au bon ordre de la famille. »

Ainsi Filangieri s'adresse aux chefs des nations pour leur transmettre ses enseignements de réforme et de législation. N'existant pour lui sur la terre que les philosophes, les gouvernants et les gouvernés, il fait des philosophes la sagesse du monde, des gouvernants le bras, et des gouvernés un paisible troupeau destiné à recevoir la nourriture et les bienfaits qui lui sont distribués par ses chefs et ses pasteurs. Qu'est-ce donc alors pour Filangieri que la législation et le législateur? C'est une espèce de *Deus ex machina*, un je ne sais quoi préposé à l'empire des nations, faisant le bien d'en haut, et rétribuant aux peuples le pain et la justice. A coup sûr nous répudierons une semblable théorie : puisque nous avons re-

connu que le droit préexiste à la législation, qu'il a sa racine dans la nature humaine, et une existence éternelle dans l'histoire; puisqu'il est naturel, indestructible, universel, et qu'il a commencé par se produire chez tous les peuples, indépendamment de toutes lois écrites, il suit nécessairement que la législation ne saurait être qu'une simple description des rapports naturels et humains, une pure rédaction des principes et des faits qui constituent l'homme et la société, un résultat nécessaire de la nature humaine, un témoignage séculaire de l'histoire. Mais Filangieri n'a vu le fond ni de l'histoire ni de la nature humaine; il parle de législation sans avoir passé par la métaphysique, la psychologie et la philosophie de l'histoire. A chaque page de son livre il dit : Le législateur fera... Le législateur doit faire... Il serait utile que le législateur.... ; et l'on ne sait où prendre l'homme, l'individu moral, le peuple, l'individu social sur lequel doit opérer le législateur; l'auteur s'agite dans les vagues élans d'une philanthropie chaleureuse, sans prendre terre quelque part, sans se rendre compte, par l'analyse, d'un seul principe philosophique. J'accorde à Filangieri qu'il a le droit de faire la science de la législation, mais je lui demande, comme à Bentham, rigueur et logique. Je sais où va Bentham, parce que je connais sa philosophie; je sais

où il va, parce que je sais d'où il procède. Mais Filangieri, qui ne me livre ni l'homme métaphysique de Descartes ou de Locke, ni l'homme social de Platon, de Grotius et de Vico, n'étaie la science de la législation que sur des sentiments généreux et des intentions estimables. Ajoutez encore que, n'ayant pas eu la force de se frayer lui-même sa route, et subjugué par la philosophie française, il est en même temps sous le charme de Vico et d'une admiration superstitieuse pour l'antiquité. Il avait beaucoup étudié la *Science nouvelle;* il en rapporte dans son ouvrage plusieurs opinions sur l'histoire du droit romain, et même il avait conçu, d'après le système de Vico, le projet d'une histoire civile et sociale du monde; de plus, il admirait l'antiquité avec passion, et dans plusieurs matières, entre autres sur l'éducation, il importe nombre d'idées de Sparte et d'Athènes; si bien que, disciple à la fois de l'antiquité, de Vico et de la philosophie française, partagé entre ces influences contraires, Filangieri fut saisi par la mort à trente-six ans, avant d'avoir pu faire acte d'homme et de génie original. S'il eût vécu, je ne doute pas qu'il eût pris un parti: puisqu'il avait conçu le projet d'écrire l'histoire de l'humanité, il eût fallu se décider, embrasser un système métaphysique et psychologique, dépouiller les incertitudes et les indécisions d'une

vague philanthropie, pour arriver à la science. Mais Filangieri est mort trop tôt, avant d'être parvenu à la force et à la maturité.

Un autre homme montra plus vivement encore, parce que c'était dans un cadre plus étroit, l'imitation de la philosophie française, l'auteur *des Délits et des Peines*, Beccaria. A l'époque où il écrivait, il s'agissait de réclamer vivement les droits de l'humanité méconnus et violés ; la science du droit criminel sans caractère scientifique n'était alors qu'une opposition généreuse : c'était un de ces moments où, pour la poursuite d'une réforme, le talent ressemble à du génie et le courage à du talent. Qui prenait la parole était sûr de se concilier l'estime, voire même l'admiration de ses contemporains. Beccaria, qui avoue lui-même avec candeur n'être que le disciple de la philosophie française, et devoir aux *Lettres persanes* et à Helvétius le réveil de son esprit, fit, dans son traité *des Délits et des Peines*, non un livre scientifique, mais un pamphlet chaleureux qui satisfit la juste effervescence de l'opinion : ce fut comme une pétition dont se saisit l'Europe pour la présenter aux souverains. Le petit livre eut un immense succès ; il fut traduit dans toutes les langues et commenté par Voltaire.

Comme Filangieri, Beccaria ne connaît que les philosophes et les gouvernants ; et, philosophe,

il se donne la mission de demander aux gouvernants les réformes sociales. Mais, d'un esprit moins étendu que Filangieri, il n'a pas même ses intentions scientifiques. Ne s'écrie-t-il pas dans son livre : « Heureuses les nations chez « qui la connaissance des lois ne serait pas une « science[1] ! » Cela est-il rationnel? Comme si la science n'était pas dans la nature des choses! comme si le droit, qui a sa racine dans la conscience et l'esprit de l'homme, ne se traduisait pas nécessairement en axiomes et en théories! Eh! comment, par exemple, le droit romain existerait-il, si son système n'était pas un effet naturel de la réflexion humaine? Souhaiter qu'il vienne un temps où la connaissance des lois ne soit pas une science, c'est souhaiter qu'il vienne une époque où la géométrie et la logique cessent aussi d'être une science. Voilà cependant où conduisent les élans d'une philantrhopie sentimentale qui ne s'appuie ni sur la nature humaine ni sur les lois de la raison. Estimons Beccaria : il aimait l'humanité, mais il ignorait entièrement la science et l'histoire. Peut-être fut-il étonné lui-même de son succès, peut-être eut-il plus la conscience de ses bonnes intentions que de son génie, car il n'écrivit plus sur la législation, et, sauf quelques es-

[1] Chap. 7.

sais en économie politique, il garda jusqu'à sa mort un profond silence. Il a vécu jusqu'en 1795; il put voir si les réformes sont venues des gouvernements ou des peuples, et a dû faire de singuliers retours sur ses illusions et ses opinions. Voltaire mourut après avoir célébré l'administration de Turgot et de Malesherbes [1], emportant avec lui la conviction que les réformes descendraient du trône; il n'a pas été détrompé; il n'a pas vu ces premières améliorations, ouvrage du pouvoir, disparaître devant l'énergique volonté de l'élément populaire, c'est-à-dire de la société, qui venait pour la première fois faire ses affaires elle-même, et ne les fit pas à demi.

L'Italie reçut le contre-coup de notre révolution comme elle avait subi l'influence de notre philosophie. La guerre lui donna pour législateur un soldat né près d'elle, qui la gouverna comme une province de France, et l'administra par les lois françaises. Le code de Napoléon introduisit en Italie les errements et l'ordre de l'administration impériale; il améliora les rapports positifs et pratiques de la vie civile; mais il comprima plus que jamais l'essor de la pensée et de la science nationale. Avec Pagano, au commencement du

---

[1] Voyez un petit écrit de Voltaire, intitulé : les Édits de S. M. Louis XVI pendant l'administration de M. Turgot.

siècle, semblèrent s'éteindre les derniers restes de l'ardeur scientifique. Jusqu'à présent l'Italie n'a rien fait pour la jurisprudence; elle a vu des Allemands venir provoquer dans son sein de précieuses découvertes pour l'histoire et la philologie, mais elle-même se tait, ses écoles languissent[1]. N'y aura-t-il pas un réveil pour cette terre de la jurisprudence? Elle qui, dans le dernier siècle, a fourni à l'Allemagne d'inestimables trésors d'érudition, ne recevra-t-elle pas à son tour une impulsion qui la tire de ses langueurs? Ne l'oublions pas, l'Italie est la mère du droit européen, de la jurisprudence romaine; elle a répandu sur l'Europe la science et l'érudition; et ses jurisconsultes modernes, successeurs des interprètes du droit antique, ont toujours nourri l'intelligence des traditions historiques. Ceux des modernes qui ont voulu pénétrer dans le secret de Rome et de sa jurisprudence n'ont jamais été étrangers à la moderne Italie; ils y ont vécu, soit en personne, soit par leurs amis, soit par leurs correspondances et leurs études. En effet, c'est en Italie, je me le figure, en évoquant par la mémoire et l'imagination les siècles passés et les cendres éteintes, qu'on peut tenter de faire mon-

---

1 Voyez un fragment de M. de Savigny sur l'enseignement du droit en Italie. Journal historique, t. VI.

ter dans son esprit et dans son âme un sentiment confus mais réel de cette Rome primitive, obscure et vigoureuse, dont l'origine est encore incertaine, mais dont les commencements sont si pathétiques et si profondément religieux; et pour parler du Latium, c'est en Italie, au sein de Rome, au pied du Capitole, qu'il faut aller chercher ses inspirations et ses conjectures.

CHAPITRE XVI.

KANT CONSIDÉRÉ SOUS LES RAPPORTS MORAUX ET JURIDIQUES.

Leibnitz, dans sa philosophie, avait surtout été préoccupé du principe ontologique des choses et de la métaphysique. A son influence, et non pas à son génie, avait succédé Wolf, qui répandit dans les univesités allemandes les idées de ce grand homme, qui n'avait pas été professeur; puis s'attacha de préférence à la partie morale, à ce qui touche les devoirs et la destinée de l'homme.

La philosophie allemande en était là, quand un homme qui vivait à Kœnisberg, après avoir beaucoup écrit sur la physique, la mécanique et l'astronomie, la changea entièrement, en 1781, par un ouvrage intitulé : *Critique de la Raison pure*. Nous ne saurions entrer ici dans l'histoire de cette révolution philosophique, mais il nous faut abstraire de la philosophie de Kant ce qui se rapporte à la morale et au droit; et dès lors, pour nous comprendre nous-même, il est nécessaire de tracer rapidement, non pas la route si longue et si laborieuse suivie par Kant dans ses

déductions, mais les résultats les plus élémentaires auxquels il arriva.

Si Leibnitz songea surtout à l'ontologie, Wolf à la morale, Kant se livra tout entier à la psychologie; il fit la critique de l'homme, décrivit les faits qui sont les lois de sa nature, et arriva à ce résultat : L'homme en face du monde ne le connaît qu'en vertu de lui-même, des lois de son esprit, qui sont les conditions de sa cognition : il imprime au monde phénoménal les formes et les lois de son esprit; il ne connaît ce qui est hors de lui que *subjectivement*, et n'en peut affirmer avec certitude l'existence extérieure, substancielle, *objective*. Pour Kant, le temps et l'espace ne sont même que des modes de notre sensibilité. La conséquence inévitable de cet idéalisme, c'est l'impossibilité de la reconnaissance d'un objet en soi, d'un *noumène*, l'impossibilité d'arriver à la reconnaissance objective de l'être, de Dieu, de l'immortalité de l'âme et de la liberté humaine.

Voilà donc l'ontologie et la morale rendue impossibles. Après cette déclaration terrible pour l'homme, Kant prit un parti original avec audace et candeur. Sans rien rétracter de ses observations sur la raison pure et spéculative, il établit qu'il y avait une raison pratique qui se distinguait de la raison spéculative, avait ses lois à elle, et menait irrésistiblement l'homme, sinon à la

démonstration apodictique de l'existence de Dieu, de l'immortalité de l'âme et de la liberté, du moins à leur foi indestructible. Alors il tenta de construire la science morale pour elle-même, en lui donnant une existence indépendante de la raison pure. Et, dit-il dans sa préface [1], ce n'est pas un expédient trouvé pour sortir d'affaire, mais bien une exacte réalité. Il appuie fort sur ce point, et annonce que, si la raison spéculative lui a donné un résultat, il est inévitable que la raison pratique lui en livre un autre qui le mène à d'autres conséquences.

Kant, entrant dans la raison pratique, y trouve une loi réelle, *objective*, à laquelle il ne peut pas ne pas croire ; et cette loi, il la formule ainsi : *Agis de telle sorte que les maximes de ta volonté puissent aussi avoir la force d'un principe de la législation générale* [2]. Ainsi le principe que doit suivre notre raison dans la conduite de la vie est d'élever l'individualité de notre volonté à la généralité d'une loi universelle et objective, loi que l'homme, sans doute, ne connaît que par lui-même, mais qui se sépare de son individualité pour revêtir le caractère de la généralité.

La loi de l'homme moral trouvée, que faut-il

---

[1] L'édition de la Raison pratique que nous avons sous les yeux est la sixième; Leipsick, 1827.

[2] Page 45.

pour qu'on puisse lui obéir? Il faut qu'on puisse lui désobéir, c'est-à-dire qu'il faut être libre : car il n'y a pas d'obéissance possible à une loi, si les sujets n'ont en même temps la faculté de ne pas la suivre, s'ils n'ont le moyen de délibérer et d'opter. Alors, aux yeux de Kant, paraît la liberté comme une conséquence inévitable, un postulat nécessaire de la loi posée. L'homme est obligé, donc il est libre : voilà en deux mots le fondement de la raison pratique. Le procédé de Kant a été de voir d'abord la loi, puis de conclure pour la possibilité de son exécution à la liberté. Il amène la liberté par la logique.

La liberté de l'homme établie, on trouve à la volonté plusieurs motifs de détermination tant extérieurs qu'intérieurs : l'éducation, d'après Montaigne; la constitution civile, d'après Mandeville; le sentiment physique, d'après Épicure; le sentiment moral, d'après Hutcheson; la perfection, d'après Wolf et les stoïciens; la volonté de Dieu, d'après Crusius et d'autres moralistes théologiens. Au milieu de ces différents mobiles, quel est véritablement l'objet auquel doit tendre la raison pratique? Elle doit tendre au bien et aspirer à éviter le mal.

Le bien et le mal étant devant l'homme, il faut les connaître. Le bien et le mal sont-ils l'agréable et le désagréable? Non. Le bien et le mal sont

pour la raison ce qui est bien moralement et ce qui est mal moralement. Ici Kant fait une analyse ingénieuse du bien et du mal, que lui facilite la richesse de sa langue. Les Latins n'ont, comme nous, que deux mots, *bonum, malum,* pour exprimer le bien et le mal; la langue allemande en a quatre qui répondent au bien et au mal physique et moral. *Wohl* et *Uebel* désignent l'agréable et le désagréable. *Gute* et *Boese* désignent le bien et le mal moral. Alors le philosophe commente avec éloquence ce mot si connu du stoïcien : O douleur, tu ne me feras jamais dire que tu sois un mal. « Pourtant le stoïcien avait raison, s'écrie- « t-il. Ce qu'il sentait, ce que trahissaient ses cris, « c'était le mal physique; mais quant au mal mo- « ral, il n'avait pas affaire à lui : car la douleur « n'altère pas la dignité de l'homme, seulement « elle modifie son état. La seule illusion dans la- « quelle il eût pu tomber, c'eût été de laisser « abattre son courage : loin de là, la douleur fut « pour lui une occasion de s'exalter, parce qu'il « avait conscience de ne s'être entaché de rien « d'injuste et de mal, et de ne mériter alors aucun « châtiment [1]. » Ainsi Kant nous montre l'homme gourmandant avec raison la douleur, la défiant de lui faire confesser qu'elle l'emporte sur lui. Je

---

[1] Page 88.

suis ta victime, il est vrai, voulait dire le stoïcien, mais en même temps je suis ton juge; et ma raison, au moment même où je suis obligé de te livrer mon corps, te domine et te critique.

L'idée du bien et du mal étant déterminée par la loi de la raison pratique, loin de lui préexister [1], et l'objet de la loi étant purement intelligible, il suit que la volonté doit suivre la loi pour la loi, et ne pas connaître d'autre motif. L'homme de Kant fait le bien pour le bien, sans compter sur le bonheur. Cette détermination pure et stoïque engendre l'estime, qu'il ne faut pas confondre avec un sentiment de plaisir, avec rien de pathologique : l'estime, qui s'adresse toujours aux personnes, et jamais aux choses, résulte entièrement du jugement moral, et non de ce qui peut exciter notre sensibilité, la ravir à l'enthousiasme ou la faire descendre à la compassion.

Autre conséquence. Si l'homme doit suivre la loi pour elle-même, en vertu du jugement de la raison, on ne saurait faire un précepte obligatoire de l'amour, soit envers les hommes, soit envers Dieu. L'amour divin, qui tend à rendre aussi pure que possible la sensibilité humaine, tend à élever l'homme à la sainteté; mais ici-bas l'homme, d'après sa législation morale, est fait

[1] Page 91.

pour la vertu, qui est un combat, et non pour la sainteté, qui est une purification et une harmonie.

Le devoir, voilà la loi de l'homme. Mais où donc est sa racine? Dans la personnalité, c'est-à-dire dans la liberté et l'indépendance où est l'homme du mécanisme de toute la nature. L'homme étant libre, l'humanité est sainte et sacrée dans sa personne; il est son but à lui-même, ne relève que de lui, libre qu'il est au milieu des choses et libre devant les autres libertés.

La loi morale doit donc uniquement déterminer la volonté pure; mais la raison pratique cherche encore un but et un objet sous le nom de souverain bien. Or, de quoi se compose le souverain bien? De deux éléments, vertu et bonheur. Pour qu'il soit complet, il faut que l'homme mérite d'être heureux et qu'il le soit : s'il le mérite et ne l'est pas, sa nature souffre, sa destinée n'est pas remplie; s'il paraît heureux sans qu'il le mérite, ce n'est qu'une illusion et un mensonge. Bonheur et vertu sont donc les deux éléments nécessaires du souverain bien. De ce point de vue il est aisé à Kant de faire le procès aux deux théories incomplètes des épicuriens et des stoïciens; et il montre que le souverain bien est dans l'alliance du bonheur et de la vertu, et non pas, suivant Zénon, dans la vertu isolée, ou, selon Épicure,

dans le bonheur sans vertu. Mais cette association de la vertu et du bonheur se trouve-t-elle ici-bas? Non; et, pour la réaliser, il faut à l'homme intelligent la continuité de l'existence, et un monde futur : donc notre âme est immortelle. Voilà l'immortalité venant après la liberté, comme seconde conséquence, comme second postulat.

Mais pour répartir avec justice le souverain bien, pour donner le bonheur à la moralité, il faut un juge, une cause : donc Dieu est, car il est nécessaire à l'accomplissement du souverain bien.

Nous avons une loi, donc nous sommes libres. Le souverain bien ne se réalise pas sur cette terre, donc notre âme est immortelle. Il faut une cause pour déterminer et répartir le souverain bien, donc Dieu est.

Liberté, immortalité de l'âme, existence de Dieu, trois conséquences qui se tirent de la raison pratique. Kant dans ses résultats est d'accord avec le christianisme, et il proclame avec joie cette harmonie de sa philosophie avec la morale de l'Évangile.

Voilà en substance les principes élémentaires de la raison pratique. Depuis long-temps les successeurs de Kant ont relevé la faiblesse et l'originalité de sa morale.

Elle est faible en ce qu'elle scinde l'unité de la

raison par la distinction de la raison spéculative et de la raison pratique. Kant y a tellement insisté, qu'en mettant en opposition la raison pratique et la raison spéculative, il donne la préférence à la raison pratique, parce qu'elle met la raison spéculative sur la trace de vérités que sans elle cette dernière n'aurait pas trouvées. Mais la raison est une; et ses lois ne changent pas suivant les applications.

La morale de Kant est originale, en ce qu'elle subsiste par elle-même et n'est pas une conséquence. C'est comme un royaume à part; c'est le code du devoir sauvé des abîmes du scepticisme. Kant a pris soin lui-même d'en résumer les préceptes dans ces vers de Juvénal, qu'il citait souvent :

> Esto bonus miles, tutor bonus, arbiter idem
> Integer; ambiguæ si quando citabere testis
> Incertæque rei, Phalaris licet imperet, ut sis
> Falsus, et admoto dictet perjuria tauro,
> Summum crede nefas animam præferre pudori,
> Et propter vitam vivendi perdere causas.

Et il termine son livre par ces mots sublimes : « L'homme a le ciel étoilé sur sa tête, et la loi « morale dans son cœur. »

De la morale allons au droit. La liberté de l'homme est trouvée, par voie logique, il est vrai, et c'est un tort : car la liberté humaine ne saurait être une conséquence, un postulat, mais bien

résulter d'une vue psychologique directe, d'une intuition pure. Mais enfin la liberté trouvée, Kant en fait la base de sa métaphysique du droit[1].

Quand l'homme fait une action en vertu de sa liberté, cette action tombe à la fois dans la légalité et dans la moralité : dans la légalité, par sa conformité à la loi; dans la moralité, par le secret et la nature des motifs qui l'ont déterminé. La conformité de l'action à la loi objective du devoir, voilà qui est juridique; la nature des sentiments et des motifs de l'agent, voilà qui est moral.

L'obligation est donc la véritable expression du droit; elle n'est autre chose que la nécessité d'une action libre sous l'empire de la loi, ou, pour parler la langue de Kant dans toute sa rigueur, sous l'*impératif catégorique de la raison*. Mais cette formule n'en dit pas plus que le mot de loi. Les formules ont à la fois quelque chose de salutaire et de nuisible : elles sont utiles parce qu'elles retiennent la pensée sous des formes sévères et l'empêchent de s'échapper; mais aussi elles tiennent l'esprit en échec par leur immobilité, et nuisent parfois à l'intelligence du fond même des choses. Il ne faut donc ni les proscrire, ni les

[1] Metaphisische Anfansgründe der Rechtslehre. 2e auflage, 1798.

vénérer outre mesure ; on doit ne pas y tenir, et, quand il le faut, savoir les briser.

Nécessité de l'action, liberté de l'agent, voilà ce qui caractérise l'obligation. Qu'est-ce que l'action ? c'est le fait d'un homme libre. Qu'est-ce que l'agent, la personne? c'est le sujet susceptible d'imputabilité, c'est-à-dire responsable de ses actions.

A la différence de la personne, la chose est ce à quoi on ne saurait rien imputer; destituée de liberté, elle est irresponsable.

Voilà le droit qui se dégage et paraît. Quel est-il suivant la définition littérale de Kant : « Le « droit est l'ensemble des conditions sous les- « quelles la volonté d'un homme se met en rap- « port avec la volonté d'un autre homme sous « la loi générale de la liberté. » Démembrons la définition, nous y trouverons liberté et rapport. L'homme est libre, voilà la racine du droit; l'homme a affaire à des hommes libres comme lui, en voilà la forme et le drame.

Quelle est la conséquence de la liberté? c'est le droit de résistance et de contrainte; c'est-à-dire que, nous sentant libres, nous avons le droit de faire respecter notre liberté : la raison exige impérieusement cette sanction.

Au droit répondent les devoirs. Kant les distribue sous les divisions d'Ulpien, que nous avons

déjà vues adoptées par Leibnitz. Sois un honnête homme, *honeste vive;* ne fais de tort à personne, *neminem lœde;* vis dans un état tel que chacun soit assuré du sien contre les autres, *suum cuique tribue*.

Les droits et les devoirs constituent les rapports des hommes entre eux. De l'homme à Dieu il n'y a que des devoirs et point de droits. Il ne saurait y avoir de rapports juridiques entre l'homme et des êtres qui n'ont ni droits ni devoirs; mais de l'homme à l'homme il y a égalité de nature, de devoirs et de droits.

Je ne saurais entrer dans les détails de la *métaphysique du droit*, où Kant est loin d'avoir la même supériorité que dans ses critiques de la raison pure, de la raison pratique et du jugement. Il connaît mieux l'homme psychologique que l'homme social et politique; et opposer à des idées souvent plus bizarres que fécondes des propositions contraires nous entraînerait dans les questions les plus spéciales de la philosophie du droit : ce serait mettre dans un ouvrage un autre ouvrage. J'esquisserai seulement les principales divisions de Kant.

La jurisprudence se partage en droit privé et en droit public, qui se subdivise en droit national, droit international, et droit cosmopolite.

Dans le droit privé, Kant examine successi-

vement l'acquisition, la possession, la propriété; le droit réel et le droit personnel. Dans cette dernière partie il établit parfaitement les rapports et les devoirs réciproques des parents et des enfants; au contraire, ce qu'il dit sur le mariage même est entaché d'un certain matérialisme.

Pour le droit public, Kant reconnaît dans l'état trois pouvoirs : le pouvoir législatif et souverain, le pouvoir exécutif, le pouvoir judiciaire.

Les attributs et les droits des citoyens sont la liberté, c'est-à-dire la faculté de n'obéir qu'aux lois auxquelles ils ont consenti; l'égalité civile, l'indépendance civile. Kant fait d'un contrat primitif le fondement de la société.

Les sujets ne doivent pas raisonner sur l'origine du pouvoir : à l'oppression ils peuvent opposer la plainte, mais jamais la résistance.

La constitution d'un état ne doit jamais prévoir le cas possible de résistance.

Les changements dans une constitution peuvent être nécessaires, mais ils doivent venir du prince par voie de réforme, et jamais du peuple par l'instrument terrible des révolutions. Ici Kant déplore avec une indignation amère la destinée de Charles Ier et de Louis XVI. Il appelle le régicide un crime qui reste toujours, que rien ne saurait effacer, *crimen immortale, inexpiabile*; c'est un de ces péchés que les théologiens décla-

rent impardonnables, soit dans ce monde, soit dans l'autre.

Toutefois, quand la révolution a éclaté, il faut obéir à la constitution nouvelle.

Arrivé à la théorie de la pénalité, Kant puise le droit de punir dans la seule justice. L'homme doit être puni parce qu'il a failli, et non pas en vertu de l'utilité que lui-même ou la société peut retirer de sa punition : car on ne saurait se servir de l'homme comme d'un moyen terme pour arriver à un résultat. L'homme est son but à lui-même; on doit le trouver punissable avant tout; la loi pénale est un ordre de la raison[1]. Les peines doivent répondre au crime; et dans l'espèce de talion rationnel qu'il établit, Kant trouve juste que le meurtrier soit puni de mort. On n'a pas encore rencontré, dit-il, un assassin condamné à mort qui ait pensé que la peine fût trop grande, et qu'on lui fît tort. Il s'attache ensuite à réfuter l'argument de Beccaria qui regarde la peine de mort comme illégitime parce que personne n'a pu donner son consentement à ce qu'on lui ôtât la vie.

Nous ne suivrons pas Kant dans le droit international et le droit cosmopolite, où il finit par le vœu d'une paix universelle. Il y passe lui-même trop rapidement pour y laisser des traces pro-

---

[1] Das Strafgesetz ist ein categorischer Imperatif, p. 226.

fondes, et s'est même excusé en quelque sorte, à la fin de sa préface, d'en parler avec si peu de détail.

Tel est en raccourci l'ouvrage que Kant consacra à la jurisprudence. Il composa ensuite sa *Tugendlehre*, c'est-à-dire sa doctrine de la vertu, qui, avec l'ouvrage dont nous venons de parler, compose ce qu'il appelait la méthaphysique des mœurs, côté juridique et côté moral.

En donnant à la partie morale de la philosophie une existence indépendante, Kant réveilla le sentiment du droit. Cette raison pratique, cette morale qui subsistait par elle-même, convenaient parfaitement à la jurisprudence, qui retrouvait comme un autre stoïcisme dans cette liberté logique et cette sainteté de l'individu que Kant avait sauvées avec effort du gouffre de son idéalisme. Ses doctrines morales et juridiques furent bientôt enseignées dans toutes les universités; traduites en manuels, elles y règnent encore en partie; et non moins en jurisprudence qu'en philosophie, Kant a succédé à Leibnitz.

CHAPITRE XVII.

AVÉNEMENT DE L'ÉCOLE HISTORIQUE. — HUGO. — HAUBOLD. — M. DE SAVIGNY. — M. NIEBUHR. — ÉTUDES HISTORIQUES SUR LE DROIT MOSAÏQUE, ATTIQUE ET GERMANIQUE.

Klopstock, par ses accents de poëte, avait ranimé le génie de l'Allemagne. En face de la philosophie française, qui régnait en maîtresse et avait à Berlin un disciple sur le trône, il ne craignit pas de se livrer à des inspirations religieuses et nationales. A Klopstock succéda Lessing, à la fois critique et dramaturge, précurseur de Schiller et de Goëthe, ces deux grands artistes qui vinrent enfin associer l'Allemagne à la gloire littéraire de l'Angleterre et de la France.

La jurisprudence va recevoir une impulsion de la littérature; à Heineccius et à Bach succèderont des esprits originaux et allemands. L'ère de l'école historique va s'ouvrir; mais, remarquons-le, la révolution juridique n'a pas suivi immédiatement Leibnitz, Thomasius et Wolf, qui, en réalité, en sont les moteurs : elle n'est venue qu'après que des littérateurs et des philosophes eurent pris les devants; la jurisprudence n'a brillé qu'après la littérature et la philosophie.

En Italie et en France, Vico et Montesquieu avaient agrandi la philosophie de l'histoire et du droit. Le premier, dans un coin de l'Italie, génie solitaire, grand par lui-même, avait tracé les principes de ce qu'il appela la *science nouvelle*. Puisant à deux sources, la philosophie et la philologie, il voulut exposer à la fois l'histoire réelle de l'humanité et sa destinée rationnelle. Marier d'une manière indissoluble la philosophie et l'histoire, le monde des idées et la chaîne des faits, et de tout cela composer, sous l'inspiration et dans l'enthousiasme de la religion catholique, un ouvrage original sous des formes bizarres, où à chaque pas la scolastique et la poésie se heurtent, où, pour ainsi parler, on sent plutôt la divination que la critique : voilà Vico; c'est un poëte qui souvent a chanté ce qu'il ne savait pas. Quatre ans après la mort de Vico, qui emportait avec lui le dédain de ses contemporains, la conscience de son génie et l'opiniâtre certitude de son immortalité, parut l'*Esprit des Lois*. Ici c'est un philosophe qui, au sein du peuple le plus civilisé et le plus intelligent, considère l'histoire de toutes les nations, leurs mœurs, leurs législations, expose l'esprit des lois qui ont été faites jusqu'à lui, écrit à grands traits l'histoire universelle; admirable monument qui vivra toujours comme le plus étonnant mélange de l'imagination et de la raison.

Qu'avaient fait Vico et Montesquieu, si ce n'est de considérer, comme l'avait pensé Pascal, *toute la suite des hommes pendant le cours de tant de siècles comme un homme qui subsiste toujours et qui apprend continuellement?* Ils avaient tracé l'histoire de l'humanité, qui à leurs yeux doit marcher en avant sans jamais être oublieuse du passé; ils avaient, en réalité, fondé cette école, depuis appelée *historique*, qui demande au passé savamment étudié, interrogé sans passions, des leçons pour l'avenir. Mais la route indiquée était à parcourir. Il fallait, avec le secours de l'érudition, de la philologie et de la critique, étudier chaque peuple, ses mœurs, ses lois, substituer aux rêves de l'imagination, aux présomptions du génie, l'impartiale vérité; descendre dans une analyse infinie pour justifier ou démentir d'audacieuses synthèses. L'Allemagne, s'associant à la France et à l'Italie, se chargea de cette tâche : c'est ainsi que, pour élever l'édifice de la véritable science, chaque nation arrive à son tour, semblable à ces tribus d'Israël venant l'une après l'autre apporter leur offrande à l'autel du vrai Dieu.

L'esprit historique et national avait commencé de résister en Allemagne contre la philosophie française qui voulait y improviser une législation dans le code prussien. Justus Moeser, dont l'*Histoire d'Osnabruck* est capitale pour l'étude de la

constitution germanique, et Jean Schlosser, combattirent en faveur de la science et des mœurs de l'Allemagne. Ils furent comme les précurseurs de ce qui, plus tard, s'appela l'école historique.

Vers 1790, un jeune docteur en droit, Gustave Hugo, qui avait reçu les leçons et les conseils de Heyne et de Spittler, entreprit de réformer l'étude de la jurisprudence: par des cours, la publication d'ouvrages périodiques et de livres élémentaires, la composition d'une histoire du droit romain, il changea l'enseignement universitaire, réveilla le goût des fortes études et de la vérité historique. Il entama la réforme de la science du droit par l'histoire. Préoccupé vivement du droit romain, il en traça les destinées et les révolutions en adoptant les divisions chronologiques de Gibbon[1], et succéda à l'influence de Bach. De cette position historique, Hugo, en jurisconsulte complet, sut embrasser toutes les faces de la science du droit, et fit preuve d'un esprit étendu et encyclopédique, qualité sans laquelle un réformateur ne saurait triompher. Certes, ce qu'il a écrit sur la philosophie même du droit est étrange, bizarre, étroit; mais le service qu'il a rendu est d'avoir assigné à la philosophie sa place dans le

[1] La première édition de l'Histoire du Droit romain de Hugo parut en 1790, la première édition de son Manuel du Droit naturel en 1798.

système entier de la science. Voilà pour sa physionomie générale. Il faut ajouter qu'il est consommé et profond dans le droit romain, dont il a agrandi l'histoire; ses travaux sur cette partie de la science feront surtout vivre son nom, et il serait heureux que le professeur de Goettingue eût écrit ses doctrines et ses recherches dans un style plus clair et plus historique[1].

Cramer et Haubold se joignirent à lui dans ses entreprises de réforme. Haubold a un tout autre caractère que Hugo; il écrivit presque toujours en latin, et fut pour ainsi dire comme l'écrivain classique de cette révolution littéraire. Il s'attacha au droit romain sous le double rapport de l'his-

---

[1] Le cours complet de jurisprudence écrit par Hugo, Lehrbuch eines civilistichen Cursus, se compose 1° d'une Encyclopédie, dont la sixième édition a paru en 1823; 2° d'une Histoire du droit romain jusqu'à Justinien, dont la dixième édition a paru en 1826; 3° d'une Histoire littéraire du droit depuis Justinien, dont la deuxième édition a paru en 1818; 4° d'un Cours de droit naturel, dont la quatrième édition a paru en 1819; 5° d'une Chrestomathie, dont la troisième édition a paru en 1820; 6° d'un Manuel du Digeste, dont la deuxième édition a paru en 1828; 7° d'un Manuel du droit romain moderne, dont la sixième édition a paru en 1826.

Il y faut joindre son excellent Magasin civil, Civilistiches Magazin, indispensable pour l'étude du droit romain.

Hugo a aussi écrit une foule d'articles dans les *Anzeigen* de Goettingue. Il s'est occupé, dans ces derniers temps, de les recueillir en deux volumes: ce sont comme des mémoires sur la science du droit en Allemagne depuis quarante ans.

toire et de la littérature, et l'éclaira par la philologie et la bibliographie[1].

Mais l'homme qui devait surtout donner à cette jurisprudence historique éclat et profondeur n'a pas encore paru. En 1803, M. de Savigny publia son *Traité de la possession*. Le sujet seul indique quel était alors l'esprit des études de l'Allemagne. La possession telle qu'elle se pratiquait chez les Romains est une idée entièrement nationale ; pour la comprendre il faut connaître Rome, saisir en historien l'originalité de sa jurisprudence dans ses nuances et ses détails, et cependant il faut en même temps arriver sur les points de doctrine à des conclusions dogmatiques. M. de Savigny ne fut pas inférieur à son sujet ; il fit le plus beau livre de droit romain qui ait été écrit depuis le seizième siècle. Quand on étudie son *Traité de la possession*, on y trouve le plus heureux mélange des deux grandes méthodes qui s'étaient

---

[1] Voici les principaux ouvrages de Haubold :

Institutionum juris romani privati historico-dogmaticarum lineamenta observationibus maxime litterariis distincta, dont la deuxième édition a paru en 1826.

Institutiones juris romani litterariæ, 1818.

Doctrinæ Pandectarum lineamenta, 1820.

Manuale basilicorum, 1819.

Opuscula academica, 1er vol., édition de Wenck, 1825.

Les élèves de Haubold ont consigné ses doctrines dans un grand nombre de dissertations isolées. — Haubold a écrit sur le droit saxon.

partagées le seizième siècle, de la méthode de Cujas et de la méthode de Doneau. Cujas excelle dans l'exégèse, Doneau dans la dogmatique : M. de Savigny concilie ces deux procédés, les tempère, les complète l'un par l'autre, et est à la fois philologue ingénieux et logicien profond. Doneau s'était montré supérieur à Cujas sur la matière de la possession, M. de Savigny adopta en partie ses théories, les mit en vive lumière. On ne saurait trop louer son style juridique : c'est une combinaison, une harmonie de la réalité historique avec ce que le dogme du droit positif a de finesse et de subtilité [1].

Cependant la philologie commençait sur tous les points à accomplir sa mission de lier la chaîne des temps et de nous rendre familiers avec l'antiquité et les peuples qui nous ont précédés [2]. Voss, par ses traductions d'Homère et de Virgile, avait relevé le culte et l'intelligence des anciens; et le goût désintéressé de la science et de l'histoire cherchait partout à se satisfaire.

En 1811, M. Niebuhr publia la première édition de son Histoire romaine. Ce fut comme une sorte

---

[1] En 1827 nous avons analysé le Traité de la possession dans une dissertation intitulée : *De possessione analytica Savignianeæ doctrinæ expositio.*

[2] Voyez M. Niebuhr, préface de la seconde édition de son Histoire romaine.

de révélation : Rome, ses origines, l'antique Italie avec ses races et ses peuplades, le patriciat et son mystérieux esprit, furent comme ressuscités; on admira ses conjectures hardies qui rappelaient Vico; cette imagination puissante, cette philologie ingénieuse, qui donnaient la vie à ce que l'antiquité avait de plus primitif et de plus obscur; ce style à la fois âpre et brillant, mélange d'abstractions et d'images, et dont la poétique rudesse semble s'inspirer quelquefois d'Ennius et de Caton [1].

L'an 1814, où les armes et la fortune de la France succombèrent, fut pour l'Allemagne une époque d'affranchissement et de réveil. Libre de notre domination, elle retrouva avec l'indépendance de son territoire toute l'énergie de son intelligence; et le génie allemand, que notre impérieuse influence avait asservi et découragé, reprit sa marche avec vigueur. Déjà, en 1813, l'université de Berlin s'était ouverte, et pendant nos revers l'Allemagne savante se plongea dans l'étude avec une exaltation qui n'était pas sans orgueil.

Néanmoins, notre domination et nos lois, dont l'Allemagne était affranchie, n'avaient pas également affecté les esprits et les cœurs. Beaucoup

[1] Il faut comparer Wachsmuth et Guillaume de Schlegel avec Niebuhr.

alors portaient à tout ce qui était français une haine inexorable, qui ne composait avec rien. Mais d'autres, tout en maudissant notre joug, n'avaient pu s'empêcher d'être frappés de notre administration une et régulière, de notre législation simple et uniforme : aussi conçurent-ils la pensée de concilier avec le respect de l'esprit national quelques innovations importantes. Telles étaient les vues du célèbre Thibaut, professeur à Heidelberg, en écrivant, en 1814, sur la nécessité d'un code civil commun à toute l'Allemagne [1].

M. Thibaut, avec une vue complète de la science du droit, la tournait surtout à l'application et à la pratique ; chez lui quelques idées philosophiques, la connaissance de l'histoire, une érudition saine, concouraient dans une assez juste mesure à former un jurisconsulte plus préoccupé de l'application immédiate de la science que des spéculations désintéressées de la pure théorie. Il a systématisé les Pandectes, et a traité plusieurs points isolés du droit romain.

L'Allemagne est libre, écrivait ce jurisconsulte : c'est aux bons citoyens, aux bons Allemands, à se réunir pour faire disparaître tout ce qui peut rester de l'esprit français. L'unité politique et le

---

[1] Uber die Nothwendigkeit eines allgemeinem burgerlichen Rechts fur Deutschland.— Ce petit écrit se trouve dans un recueil de différents traités sur le droit civil, du même auteur.

pouvoir dans une seule main seraient mortels à l'Allemagne. Mais l'uniformité de la législation civile peut seule la sauver de l'anarchie dont elle est menacée. Le droit allemand et le droit canonique sont à la fois confus et incomplets. Le droit romain, dont certaines théories sont excellentes, ne sera jamais entièrement connu : d'ailleurs, il ne mérite pas toutes les louanges exagérées dont il a été l'objet, et Leibnitz, entre autres, l'a exalté outre mesure[1]. Au surplus, il n'est pas sensé de vouloir en faire à l'Allemagne une application immédiate. Rien de plus antipathique au génie allemand que le génie romain. Et puis les textes du droit romain ont d'innombrables variantes : le sort des justiciables dépendrait donc des travaux et des conjectures des savants. La science elle-même souffrirait d'un état de choses aussi bizarre : il vaut mieux pour elle, pour la philologie et l'histoire du droit, subsister à part. D'ailleurs, avec un code uniforme, l'enseignement académique acquerra de l'unité; et de cette façon s'effectuera l'union si précieuse de la théorie et de la pratique. Cependant les peuples seront heureux; l'administration de la justice n'aura plus rien d'arbitraire; le caractère national, débarrassé

[1] On a pu voir cependant que Leibnitz n'a pas dissimulé les défauts du droit romain; mais, pour avoir son opinion tout entière, il faut rapprocher différents passages.

de minuties locales, deviendra plus libre et plus large. Qu'on n'oppose pas que le droit est éminemment variable, qu'il dépend des lieux et des temps : loin de là, le droit est fait pour triompher des habitudes et des inclinations des hommes, pour corriger les sociétés et les influencer. Il faut donc à l'Allemagne un code commun, qui, recueillant les leçons du passé, résumant les richesses et les progrès de la science, donne au pays une justice uniforme et constante, en laissant à l'érudition une entière indépendance.

A cette proposition de réforme, les esprits s'émurent et se partagèrent. Plusieurs inclinèrent vers Thibaut; mais les jurisconsultes chez qui l'amour de l'antiquité et des coutumes nationales était une religion et une doctrine, répugnèrent aux innovations demandées. A leur tête, M. de Savigny se déclara contre le projet d'un code général, dans l'écrit intitulé *de la Vocation de notre siècle pour la législation et la jurisprudence*. Ce petit écrit, espèce de pamphlet scientifique, tracé vivement, avec passion, fut comme le manifeste de l'esprit historique qui animait l'Allemagne. En voici la substance :

Les jurisconsultes doivent s'associer à l'élan du pays. Deux opinions les divisent : les uns veulent l'entier rétablissement de la législation et de la juridiction nationales; les autres proposent la

création d'un code général à toute la confédération germanique. Cette dernière opinion se rattache aux doctrines philosophiques de la dernière moitié du dix-huitième siècle. Alors on tendait à la perfection indéfinie, universelle; on méprisait tout ce qui était national, historique. Ainsi, en législation, on voulait des codes nouveaux, précis, abstraits; on se riait des coutumes et de l'empire des mœurs. Il faut le dire, c'était l'opinion des peuples, et les gouvernants pouvaient à peine adoucir et tempérer cette pente à l'abstraction philosophique. Aujourd'hui, tout est changé : l'amour de ce qui est national, le sens historique, se sont réveillés; on n'estime plus les théories et les abstractions qui ne reposent sur rien de réel; ceux mêmes qui demandent un code général s'appuient sur des motifs pratiques[1]. Mais ils ont sur la nature du droit positif des idées étroites et mensongères. A leurs yeux, le droit, dans son état normal, n'est que le résultat des lois, c'est-à-dire des dispositions expresses du pouvoir; de façon que la législation n'a qu'un fondement tout-à-fait arbitraire, et que le droit d'aujourd'hui peut n'être pas le droit de demain. Aussi, suivant cette opinion, un code

[1] Les théories de Bentham sont toujours restées étrangères en Allemagne, même aux partisans de la codification.

complet et uniforme est-il pour un peuple le premier des besoins; sans code, il est abandonné aux coutumes. Les faits démentent hautement cette maigre théorie du droit : car, si nous rencontrons l'histoire primitive d'un peuple, nous trouvons que son droit civil a un caractère propre, déterminé, comme sa langue, ses mœurs, sa constitution politique. Rien, à la vérité, ne se détache ni ne se dessine en s'isolant de l'ensemble, mais tout subsiste d'une vie commune, tout respire dans la conscience nationale. La jeunesse d'un peuple est pauvre en idées, mais elle est vivante et robuste : le droit civil se ressent de cette indigence vigoureuse. On ne fait point encore, pour l'expliquer, de livres et de discours; mais néanmoins les rapports de famille et de propriété se manifestent avec énergie. Et comment? Par des actes symboliques, drame où se représente la conscience, où se jouent les idées de la nation : les peuples de l'antique Italie et les anciens Germains en témoignent. Plus tard, quand les facultés d'un peuple se développent, le droit civil se distingue et s'abstrait; les jurisconsultes arrivent; leur science se met à commenter ce qui n'avait vécu jusque alors que dans la conscience nationale; à côté de l'élément politique paraît l'élément *technique*. Ainsi le droit existe d'abord par les mœurs et les croyances, ensuite par la

science. Hugo et Mœser avaient déjà saisi quelle était, en législation, la part de l'histoire.

Loin donc que les lois, c'est-à-dire les dispositions expresses du pouvoir, constituent le droit, elles peuvent souvent le corrompre et le dénaturer. Elles exercent surtout leur influence par les codes. Les codes sont une espèce de programme légal par lequel l'état abolit tout ce qui n'est pas lui. Ce qui les constitue et les caractérise est la sanction suprême de l'état, qui leur assure ainsi une supériorité de fait sur les autres ouvrages.

Si l'on veut promulguer un code utile, il faut choisir l'époque où la science du droit sera vigoureuse et aura atteint son plus puissant développement. Un code ne doit contenir que les principes d'où découlent les décisions des espèces: car le droit, comme la géométrie, subsiste par des points fondamentaux et générateurs, et la science du jurisconsulte consiste à saisir les conséquences dans l'intelligence des principes. Aussi, rédigez-vous un code à une époque où la science est faible et pauvre, votre chétif ouvrage sera funeste au pays. Le code promulgué paraîtra régir l'administration de la justice, et ne la régira pas. Comme les jurisconsultes ne seront pas assez forts pour l'interpréter scientifiquement, son application sera tout arbitraire; et la science, meconnue dans le livre destiné à l'exposer, sera

encore travestie sous les noms de jurisprudence, d'analogie, de nature du droit. Voilà pour l'époque même de la confection du code; mais l'avenir sera plus compromis encore. Si la science se réveille de sa faiblesse, fait quelques pas, et tend à se rapprocher du siècle et de son esprit, elle rencontrera le code et ses formules comme obstacle à ses progrès. Elle devra s'arrêter devant une législation de fait en possession du pouvoir. Aussi, peu d'époques conviennent à la création d'un code. Dans la jeunesse d'un peuple, il y a bien la conscience du droit; mais la langue est indigente et rude, et les formes logiques et artificielles ne se développent pas encore : témoin, dans l'antiquité, les Douze Tables, et pour les modernes, le moyen âge. Dans les temps de décadence, la conscience du droit s'est éteinte, et la langue s'est flétrie : il n'y a ni la forme ni le fond. Reste donc cette époque intermédiaire où la forme est à sa perfection; mais alors on ne sent nullement le besoin d'un code. On le sentirait tout au plus pour les temps de dépérissement qui doivent suivre; mais les siècles forts et puissants sont rarement disposés à prévoir les infirmités à venir de leurs descendants.

Interrogez l'histoire du droit romain. Si, au troisième siècle de l'ère chrétienne, la jurisprudence parvint dans Rome au développement que

nous savons, c'est que les temps antérieurs avaient longuement préparé cette littérature brillante du droit. Les Romains, sous l'ancienne république, savaient à la fois respecter l'antiquité et ne pas se refuser aux innovations importantes. Aussi, dans leur constitution politique et leur droit civil, rattachent-ils toujours aux coutumes et aux mœurs des ancêtres les changements nécessaires. Chez eux, rien ne se rompt violemment, ne fait schisme avec le passé; tout s'enchaîne et se continue; ils sont en même temps antiques et novateurs. De là leurs fictions en droit civil, par lesquelles ils savaient à la fois satisfaire aux progrès et aux idées de la civilisation, et garder à l'antiquité une pieuse fidélité. Ainsi, auprès de l'*hérédité* vint se placer *la possession des biens*, auprès de la *revendication* l'*action publicienne*, auprès des *actions directes* les *actions utiles*. Qu'on n'attribue donc pas uniquement l'excellence du droit romain au troisième siècle : elle appartient à l'histoire entière de Rome, qui témoigne clairement que les coutumes et les mœurs faisaient le fond du droit, et que les lois proprement dites exercèrent peu d'influence tant qu'on garda les coutumes et les mœurs. Alors on ne songeait pas à un code. Même à l'époque classique de la jurisprudence, cette pensée ne vint ni à Papinien, ni à Ulpien, ni à Paul, qui étaient préfets du prétoire, et qui certes ne manquaient

ni de crédit ni de sollicitude pour le droit. Au contraire, deux siècles auparavant, César, dans le sentiment de sa force et l'intérêt de son pouvoir, avait conçu le projet d'un véritable code[1]. Au sixième siècle, quand tout s'en allait de corruption et de langueur, plusieurs codes se succédèrent rapidement : l'édit de Théodoric, le Breviarium chez les Visigoths, le Papien et les livres de Justinien[2].

Après ce coup d'œil sur le droit romain, M. de Savigny examine l'Allemagne, et s'attache à démontrer que ni ses mœurs, ni son état politique, ni sa langue encore obscure, ne peuvent se plier à la rédaction uniforme d'un code civil. Il passe ensuite à l'examen des trois codes en vigueur en Europe, le code autrichien, le code prussien et le nôtre. Dans la chaleur de la controverse et d'un patriotisme blessé, il critique sans ménagement notre code civil, et l'on ne peut se dissimuler la justesse de ses savantes censures sur plusieurs points. Il signale surtout :

La faiblesse des discussions du conseil d'état sous le rapport de la science ;

---

[1] Sueton. Cæsar, c. 44 : *Jus civile ad certum modum redigere, atque ex immensa diffusaque legum copia optima quæque et necessaria in parcissimos conferre libros.*

[2] Voyez, sur ces différents codes, le second volume de l'Histoire du droit romain pendant le moyen âge, et notre Analyse raisonnée.

L'insuffisance des connaissances historiques des rédacteurs ;

Le plan du code, calqué sur les Institutes de Justinien ;

La théorie des nullités, si incohérente et si défectueuse.

A ses yeux, la confection des trois codes est vicieuse, et leur influence funeste. Ni la pratique ni les études théoriques n'ont de vigueur et de liberté, sous le régime d'une législation dont la faiblesse et les formules ne changent pas, et qui devient le refuge officiel de la médiocrité et de l'ignorance. Ainsi l'Allemagne, conclut M. de Savigny, peut choisir entre un état d'inertie et d'oppression scientifique, et une science toujours progressive et vivante. Qu'elle se garde de fixer par voie d'autorité ses doctrines et son intelligence.

Cette vive réponse de M. de Savigny aux partisans des codes fit explosion. Désormais la polémique était instituée. Thibaut répliqua [1]. Pour soutenir et développer ses doctrines, M. de Savigny fonda, avec MM. Eicchorn et Gœschen, son célèbre Journal historique (*Zeitschrift fur Ges-*

[1] Voyez un tableau complet de la polémique sur la codification, tracé par M. de Savigny lui-même, dans le troisième volume de son Journal historique, et que depuis il a mis en appendice de la seconde édition de *la Vocation*, faite en 1828.

chichtliche Rechtswissenschaft). C'est alors que son école s'appela, par excellence, l'école historique. Quelques champions subalternes vinrent aussi se joindre à la querelle et l'envenimer; si bien que pendant quelque temps une discussion aigre et passionnée divisa en deux camps opposés les jurisconsultes et les savants. Enfin les deux chefs, MM. de Savigny et Thibaut, se rapprochèrent un peu; insensiblement cette guerre intestine s'apaisa, et de grands et pacifiques travaux vinrent remplacer ces luttes passagères. Il ne faut donc pas s'y méprendre, la querelle de la *codification* n'est qu'un épisode pour l'école historique. Ce devait être. Les codes ne se font pas dans un pays parce que les jurisconsultes les réclament et les veulent. Les événements politiques seuls les amènent. Ils sont un instrument de puissance ou de révolution, et l'on ne consulte pas la science sur leur opportunité. Ainsi César, Théodoric, Justinien, Frédéric et Napoléon, méditent ou instituent des codes pour mieux établir l'uniformité et la force de leur gouvernement. Les légistes sont bien convoqués à l'œuvre; mais pour eux pas d'initiative, de puissance véritable : ils exécutent l'ouvrage qu'on leur a commandé. Ainsi encore Bentham, ennemi démocrate des lois de la vieille Angleterre, pousse à la réforme parlementaire, à la confection d'un code général; c'est un radical qui demande la vic-

toire aux armes qui jusqu'à présent ont plutôt servi le despotisme. L'érudition et la science préparent les matériaux ; mais elles n'en disposent pas : une autre puissance les ordonne ou les disperse, suivant les destinées paisibles ou orageuses des nations. L'Allemagne en est encore à la plus belle éducation scientifique qu'ait jamais fait un peuple, et, comme le lui a dit M. de Savigny, elle doit attendre.

Cependant l'école historique, débarrassée des tracasseries polémiques, reprit son véritable caractère d'enquête impartiale et universelle. Elle avait été entraînée, dans la chaleur de la querelle et par le besoin de se défendre, à s'élever contre la philosophie, contre les théories et les spéculations de l'intelligence, toujours respectables et sacrées, même quand, destituées de l'autorité de l'expérience, elles se portent avec audace en avant des sociétés, qu'elles ne doivent entraîner et convaincre que plus tard. Mais désormais l'histoire fut étudiée pour elle-même, sans arrière-pensée. M. de Savigny publia successivement quatre volumes de sa belle *Histoire du droit romain pendant le moyen âge*. Son *Journal historique* se remplit d'essais originaux sur l'histoire et la législation. M. Niebuhr [1] donna le premier volume de la se-

---

[1] M. Niebuhr coopère aussi à la rédaction d'un journal scienti-

conde édition de son *Histoire romaine*, ouvrage monumental, qui exposera l'histoire de Rome jusqu'à Auguste, dans lequel l'historien a déposé ses opinions arrêtées, et dont la première édition ne doit être considérée, ainsi le veut l'auteur, que comme un essai de jeunesse.

Voilà les véritables mérites de l'école historique, voilà les grands travaux qu'il faut connaître [1]. Avec le goût et la méditation de l'histoire, on apprend les origines de la législation nationale, son cours à travers les âges et les révolutions, les formes nouvelles qu'elle a prises, les anciennes qu'elle a dépouillées; on restitue à chaque siècle ce qui lui appartient; on ne s'imagine plus que tout est d'hier, et que les lois qui nous gouvernent sont tombées du ciel comme les boucliers

---

fique, qui est consacré à la jurisprudence, à la philologie et à l'histoire : *Rheinisches Museum*.

[1] Le lecteur remarque que, fidèle à notre plan, nous ne nous arrêtons qu'aux ouvrages produits par les chefs d'école; mais, à côté et au-dessous d'eux, il y a d'innombrables ouvrages et opuscules d'érudition historique, produits sur tous les points par l'inépuisable Allemagne. C'est seulement par la lecture attentive de sa littérature périodique, et la comparaison des journaux de ses différentes universités, qu'on peut connaître cette fécondité intarissable qui, surtout en philosophie, en jurisprudence et en histoire, ne permet pas à une opinion, à une théorie, d'être un instant sans contradicteur. Sans doute, dans cette mobilité infinie de la science, tout n'est pas également riche et précieux : n'importe, vaut mieux à l'esprit humain l'exubérance que la pauvreté.

saliens; et alors, s'il y a des changements à tenter, des réformes à poursuivre, l'histoire ayant fait son enquête, la philosophie peut prononcer.

C'est avec une grande sagacité que M. de Savigny choisit le sujet de son histoire: en effet, il était capital pour l'école historique de démontrer l'importance du droit romain par le tableau de ses destinées et de son histoire, de raconter sa durée en Europe, son éternelle présence dans les mœurs et dans la civilisation du moyen âge, et comment, sans interruption, il avait constitué jusqu'à nos jours avec le christianisme et les établissements germaniques le droit européen. Malheureusement, à ces vues si profondément historiques[1], M. de Savigny ne joignit pas le jugement rationnel du philosophe : on dirait que c'est un parti pris par cet illustre jurisconsulte de fuir tout ce qui ressemble à une idée philosophique; qu'il craint la philosophie comme quelque chose de révolutionnaire et de funeste à la jurisprudence; mais c'est précisément cette préoccupation qui a fait de M. de Savigny l'expression la plus tranchée, la plus nette et la plus brillante de l'école historique; il en est le chef, l'écrivain à la fois profond et populaire, et le représentant. De là aussi la

---

[1] Voyez, à l'Appendice, notre Analyse raisonnée.

vive réaction de la philosophie, à laquelle nous allons bientôt assister.

Cependant la science s'enrichissait de précieuses découvertes. Les Institutes de Gaïus, des fragments nombreux du code Théodosien, les fragments dits du Vatican, la République de Cicéron, plusieurs fragments de ses discours, les œuvres de Fronton, les Lettres de Fronton et de Marc-Aurèle, la Rhétorique de Julius Victor, des fragments de Symmaque, de Denys d'Halycarnasse, de Lydus sur les magistratures de la république romaine, furent pour la jurisprudence et la philologie d'inestimables conquêtes [1].

C'est ainsi que, depuis 1790 jusqu'à nos jours, la jurisprudence historique, régénérée dans ses sources, poursuit ses études; mais l'érudition ne s'est pas uniquement occupée du droit romain. Dès 1770, vingt ans avant l'apparition de Hugo, Michaelis, théologien rationnel, avait publié son Droit mosaïque (*Mosaisches Recht*), et ouvrait ainsi l'ère nouvelle des saines études de la théologie historique. Eicchorn lui succéda en le réfutant sur plusieurs points. Son fils fit, sur le droit germanique, *Deustsche Staats und Rechtsgeschichte*,

---

[1] Voyez le tableau de ces découvertes dans les deux premiers numéros du *Kritische Zeitschrift fur Restckswissenschaft*, rédigé par le professeur Schrade à Tubingue.

un ouvrage capital, avec lequel il faut citer les travaux de Moeser, de Rogge et de Grimm. Ce n'est pas tout : la législation des Grecs et le droit attique furent profondément explorés par Hullmann, Platner, Bunsen, Meier et Heffter.

A côté de ce développement général de la science historique, il ne faut pas oublier les jurisconsultes criminalistes, qui procédaient en ligne directe de la philosophie rationnelle de Kant. L'école de Voltaire, avec sa philanthropie ardente et mobile, avait inspiré Beccaria, âme pure, esprit médiocre. Kant et son criticisme imprimèrent, aux jurisconsultes qui cherchèrent le fondement de la pénalité, un caractère rationnel et scientifique. Sans doute depuis Kant, et à commencer par Fichte, de profonds dissentiments séparent les criminalistes allemands, notamment de nos jours MM. de Feuerbach et de Grolman. Les systèmes se sont développés et combattus dans une variété infinie [1]. Le sensualisme même s'est montré quelquefois dans les théories des jurisconsultes ; mais toujours c'est de l'étude de l'homme, de la psychologie, que procèdent les systèmes. Ajoutez aussi que la science et l'histoire du droit

[1] M. de Feuerbach donne, au commencement de son *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, une liste des criminalistes ; dixième édition, 1828.

fortifient en Allemagne les théories et les spéculations abstraites [1], et vous concevrez quelle opposition vive, quel contraste tranché, forment avec l'école philanthropique de Voltaire, les criminalistes allemands, les systèmes divers de Fichte, Feuerbach, Grolman, Henke, Schulze, Hegel, Spangenberg, qui tous s'appuient à différents degrés sur la connaissance de l'homme et de l'histoire, et dont l'origine dans la chronologie de la science remonte à l'avénement de Kant.

L'Allemagne méridionale, voisine de la France, qui pendant plusieurs années lui communiqua ses mœurs et ses lois, incline sensiblement aujourd'hui à des projets de réforme dans la législation par la voie de la science. Recherches historiques, plans de code, idées dogmatiques, semblent concourir à ce but. Cette année même deux célèbres jurisconsultes d'Heidelberg, MM. Mittermaier et Zachariæ [2], ont fondé un journal critique *de juris-*

---

[1] Voyez les Archives du droit criminel, de M. Mittermaier, et le projet de code pénal rédigé par M. Zachariæ.

[2] 1829. — Ces deux savants ont depuis long-temps bien mérité de la science par d'importants travaux. M. Mittermaier a publié plusieurs ouvrages sur l'histoire et la théorie de la procédure criminelle ; il est un des principaux rédacteurs du recueil intitulé : *Archiv fur die civilistiche Praxis*, Archives pour l'application du droit civil ; ainsi que d'un autre, spécialement consacré au droit criminel : *Neues Archiv des criminalischen Rechts*, Nouvelles Archives du droit criminel. M. Zachariæ a écrit plusieurs ouvrages

prudence et de législation étrangère, où les jurisconsultes des différents pays auront un centre commun de communication et de doctrine, espèce d'enquête européenne sur les théories et les faits.

Dans cette richesse et cette variété de la jurisprudence en Allemagne, on sent la vie et le progrès. Depuis 1790, la théorie y continue ses paisibles agitations; et cependant nous, en France, nous faisions de la pratique à la tribune et sur les champs de bataille.

---

sur le droit public, un projet de code pénal, et un excellent Manuel de droit civil français, composé d'après notre code, que nous regrettons infiniment de ne pas voir traduit.

CHAPITRE XVIII.

NOUVELLE ÉCOLE PHILOSOPHIQUE. — M. GANS. — ESQUISSE DU SYSTÈME DE M. HEGEL.

Kant avait donc réveillé le sentiment du droit; par sa psychologie morale, il avait exalté dans l'homme le sentiment exclusif de sa personnalité, de sa nature propre, et des lois subjectives de sa conscience et de sa pensée. Fichte vint après lui poursuivre cet idéalisme et le pousser à bout. A ses yeux, non-seulement l'homme imprime ses lois au monde, mais il l'absorbe, et ce qui semble hors de lui n'est plus qu'une façon d'être de sa propre nature. De cette apogée de l'idéalisme, Fichte étudia tout ce qui relève de la conscience, et par conséquent le droit. Nous ne pouvons ici examiner son *Droit naturel*, et nous exposerons ailleurs[1] ses théories, où, tout en marchant dans

[1] Nous nous sommes fait une loi, dans cette Introduction, de ne pas nous arrêter aux philosophes qui n'ont point exercé d'influence sur la science du droit proprement dite. Voilà pourquoi nous n'avons point parlé des doctrines de Hobbes, contemporain de Grotius. Par la même raison, nous mentionnons seulement le système de Fichte, successeur de Kant; mais ailleurs et plus tard

les voies de Kant, il le laisse derrière lui, et dépose l'empreinte durable d'une observation sagace, subtile et profonde.

Cependant, arrivée aux dernières limites de l'idéalisme, la philosophie se retourna, et de l'homme revint à la nature. Schelling dans sa vaste pensée embrassa tout ce qui existe hors de l'homme, tout ce qui est extérieur, objectif, le monde phisique et le monde moral. Ses disciples se partagèrent le panthéisme de leur maître : les uns se jetèrent dans l'étendue de la nature, les autres portèrent la main sur l'histoire. A la tête de ces derniers nous rencontrons M. Hegel.

La philosophie de la nature, appliquée au droit par M. Hegel, a maintenant, dans la jurisprudence positive et dans l'histoire même du droit, un représentant, M. Gans. Nous ne saurions donc renvoyer à un autre temps de parler du système même, dont la profondeur et l'étendue, la rédaction brève, les formules tranchées, rendent l'intelligence et l'exposition difficiles : car nous sommes séparés de la pensée de l'auteur par une langue et une civilisation étrangères; nous ne l'avons point entendu; et nous n'avons, pour

---

nous nous occuperons de l'histoire spéciale de la philosophie du droit, et nous exposerons alors les systèmes qu'aujourd'hui nous devions omettre.

entrer en commerce avec lui, qu'un livre court, sans développements, muet.

M. Hegel, dans son Encyclopédie[1], met la science du droit dans le domaine de la philosophie. Il partage son Encyclopédie en trois parties principales : la science de la logique, la philosophie de la nature, la philosophie de l'esprit. Dans la science de la logique, il examine les lois de l'être, de la substance et de l'homme, en tant que sujet qui conçoit et qui connaît. La philosophie de la nature se partage en mécanique, physique et organique. La philosophie de l'esprit s'occupe d'abord de l'esprit *subjectif;* là anthropologie, phénoménologie, psychologie : ensuite de l'esprit *objectif;* là, théorie du droit : enfin de l'esprit absolu; là, théorie de l'art, de la religion révélée et de la philosophie. En 1821, M. Hegel publia séparément les principes de sa philosophie du droit[2]. En voici les traits principaux.

La science philosophique du droit a pour objet l'idée, la conception et la réalisation du droit.

L'idéal du droit est l'objet de la science; cet idéal tombe dans la conception subjective et les

---

[1] Encyclopædie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse. 2e ausgabe. Heidelberg, 1827. La première édition date de 1817.

[2] Il a intitulé son ouvrage : Grundlinien der Philosophie des Rechts, et Naturrecht und Stratswissenschaft im Grundrisse.

développements individuels; en d'autres termes, dans la science du droit il y a à la fois l'idéal objectif de la science, puis la perception subjective de la science même.

La science du droit est une partie de la philosophie.

Le droit est positif, surtout par la forme, c'est-à-dire par la vigueur qu'il a dans l'état, et cette force de loi dont il est revêtu est le principe même qui conduit à sa connaissance, c'est-à-dire à la science positive du droit.

Mais quel est le sol sur lequel le droit prend racine? C'est l'intelligence, et son point de départ est la volonté, qui est libre : c'est par la volonté que nous pratiquons le droit, que nous lui donnons une forme, que nous l'amenons à la vie, à la réalité, au drame.

Si le droit est à la fois la forme et la substance de la liberté, qui a conscience d'elle-même, il doit suivre nécessairement que le droit est quelque chose de sacré.

Le droit posé comme développement de la volonté, la volonté est immédiate, spontanée, sort d'elle-même, et se produit dans le monde extérieur par la personnalité : ce premier moment forme la sphère du droit abstrait.

Dans le second moment de son existence, la volonté se replie, rentre et se refléchit en elle-

même; du monde extérieur, elle est rentrée dans la subjectivité de la conscience : ce second moment forme la sphère de la moralité.

L'unité de ces deux moments constitue la réalisation du bien dans la volonté réfléchie et dans le monde extérieur, et forme la sphère de la moralité, non plus purement subjective, mais objective, sociale, historique[1].

Cette moralité historique se réalise :

Par la famille;

Par la société civile;

Par l'état;

Par l'histoire du monde, qui n'est en réalite que la plus haute expression du droit.

L'homme est personnel. Dans la personnalité, l'homme, bien que borné et fini de tous les côtés, se sent infini, universel et libre. La personnalité contient la capacité du droit; c'est parce que l'homme est personnel, qu'il est un sujet juridique. De là le précepte obligatoire : *Sois une personne, et respecte les autres comme des personnes.*

La personne doit, pour se réaliser comme idée, se développer dans une sphère extérieure de liberté. Alors elle se distingue de tout ce qui n'est

[1] M. Hegel oppose à *moralität sittlichkeit* deux mots souvent employés dans le même sens; nous ne pouvons, dans notre langue, faire sentir l'opposition que par l'adjonction d'une épithète.

pas elle; ce qui n'est pas elle, cet extérieur qu'elle rencontre, elle le voit sans liberté, sans personnalité, sans droit; c'est pour elle une *chose*.

La personne a le droit de mettre sa volonté dans chaque chose, qui par là devient sienne : c'est le droit absolu d'appropriation de l'homme sur les choses.

De là possession et propriété. Qu'est-ce que la possession? le fait matériel de la détention, sous le rapport des besoins physiques de l'homme. Mais n'y a-t-il pas autre chose? Il y a la propriété, qui est le rapport de la volonté libre et personnelle avec des choses qui ne sont ni libres, ni personnelles, qui attendent un propriétaire. La possession est le fait, la propriété est l'idée; et le fait ne serait rien sans le témoignage de l'intelligence, qui déclare l'homme propriétaire, et proclame le droit.

Mais l'homme n'est pas seulement en contact avec les choses, il est en rapport avec les personnes libres et volontaires comme lui : de là les contrats; théorie des contrats.

Dans ses développements la volonté s'égare souvent : de là l'injustice, le dol, la violence, et le crime.

Du droit pur M. Hegel passe à la moralité. C'est là l'empire de la conscience subjective; il le parcourt, le décrit; examine successivement le

bien et le mal, le devoir, la conscience, qui doit toujours vouloir ce qui est bien en soi.

De la moralité subjective il faut aller à la moralité objective, sociale, historique.

Quelle est la première forme de cette moralité concrète, cette mise en scène de la liberté humaine? C'est la famille.

La famille a trois développements et trois faces : le mariage, qui en est la base, et dont l'essence, par respect pour la liberté humaine, est la monogamie; la propriété, qui est le patrimoine de la famille; l'éducation des enfants, qui ont le droit d'être nourris et élevés, et qui amènent la dissolution de la famille par voie de succession. Ainsi le mariage est comme le premier acte de ce drame; le patrimoine de la famille en est comme le théâtre; l'éducation des enfants est le but; et la succession, qui vient après la mort, est le dénouement.

De la famille, l'humanité passe à la société civile : car à côté d'une famille en vit une autre, puis une troisième. Quels seront les liens, la cause d'aggrégation entre ces familles? Les besoins à satisfaire, les besoins satisfaits, le travail, l'échange des produits. Alors la propriété sera protégée par le droit devenant loi. Ici l'expression allemande *das Gesetz*, loi, fait très bien ressortir la diffé-

rence du droit à la loi; *das Gesetz*[1], ce qui est posé, établi parmi les hommes, qui tirent la loi des entrailles mêmes et de la substance du droit, idée nécessaire de la nature humaine. La loi est ce que les hommes choisissent, *lex*, posent et établissent, *Gesetz;* mais l'action sociale ne saurait opérer que sur le fond fourni par la nature humaine, le droit.

Le droit exprimé sous la forme de la loi a pour effet nécessaire la justice rendue et distribuée. La police, c'est-à-dire l'ordre et la corporation, réglemente cette société civile.

De cette aggrégation de familles sort l'état, qui est la réalisation de la volonté et de la liberté humaine dans sa plus haute expression. L'état à un organisme intérieur, théorie du droit politique interne; l'état a des rapports extérieurs, théorie du droit politique externe.

De l'état, des rapports extérieurs des états entre eux, Hegel passe à l'histoire du monde, qui est la plus haute formule du droit.

La substance de l'esprit universel, qui dans l'art est image et spectacle; dans la religion, sentiment et représentation; dans la philosophie, pensée, pensée pure, se développe dans l'histoire

---

[1] Vient de *setzen*, poser, établir.

du monde, comme résultat vivant et intelligent de tout ce qui est extérieur.

L'histoire du monde n'est pas le résultat d'une fatalité aveugle et sans intelligence, mais le développement libre et nécessaire à la fois des moments, c'est-à-dire des idées constitutives de la raison, l'éradiation de l'esprit universel.

L'histoire de l'esprit est tout entière dans ses actes, car il n'est que ce qu'il fait, et son fait est de se saisir lui-même en se développant.

Les états, les peuples et les individus représentent, dans ce développement de l'esprit du monde, un principe déterminé qui les constitue, les limite, dont ils ont conscience et qui fait leur vie.

Un peuple n'existe dans l'histoire du monde que pour représenter une idée nécessaire : *c'est son époque.* Alors, pendant le temps où il est l'agent de ce développement de l'esprit universel, les autres peuples sont contre lui sans force et sans droit, leur époque est finie, et ils ne comptent plus dans l'histoire du monde [1].

A la tête de ces missions historiques sont des

---

[1] Dieses Volk ist in der Weltgeschichte fur diese Epoche, und es kann in ihr nur einmal Epoche machen, das herrschende. Gegen diss sein absolutes Recht, Trager der gegenwærtigen Entwickelungsstufe des Weltgeistes zu sein, sind die Geister der andern Vœlker rechtlos, und sie, wie die, deren Epoche forbey ist, zæhlen nicht mehr in der Weltgeschichte. (Hegel, Naturrecht, p. 347.)

individus qui les accomplissent sans les vouloir et les comprendre.

Les idées concrètes, les idées des peuples, ont leur racine, leur vérité et leur précision, dans l'universalité absolue.

Quatre principes constituent le développement de l'esprit du monde.

Le premier, c'est-à-dire la manifestation immédiate de l'esprit universel, fut la substance, c'est-à-dire la forme identique et substantielle dans laquelle l'unité reposait comme ensevelie dans son essence.

Le second principe est la conscience de la substance, qui produit le sentiment, l'indépendance, la vie et l'individualité sous la forme du beau moral.

Le troisième principe est le développement plus profond de la conscience qui se pose dans l'opposition d'une universalité abstraite et d'une individualité plus abstraite encore.

Le quatrième principe commence par la destruction de l'opposition précédente, et consiste dans la possession de la vérité concrète des choses, de la vérité morale dans ce qu'elle a de plus intime, de plus puissant et de plus normal.

Ces quatre principes sont représentés par quatre mondes : le monde oriental, le monde grec, le monde romain, le monde germanique.

Dans le monde oriental, où tout s'abîme dans la substance, le gouvernement est la théocratie, le maître est le prêtre ou Dieu, la politique et la législation sont la religion. La personnalité individuelle n'a point de droit, ou plutôt n'existe pas; la nature extérieure est immédiatement divine, ou un des joyaux de Dieu; l'histoire est la poésie de tout cela.

Dans le monde grec, l'unité substantielle du fini et de l'infini se développe, et la vie réelle, à travers les mystères, les images et les symboles de la tradition, naît peu à peu à l'indépendance, sous la forme du beau moral. Dans ce développement la personnalité s'émancipe, tout en se précisant cependant dans une unité idéale.

Dans le monde romain, la vie morale se divise en une personnalité égoïste et toute spéciale, et une universalité abstraite et sans vérité. Cette opposition se représente dans Rome par l'aristocratie, luttant avec la forme substantielle contre la démocratie, animée de l'esprit personnel.

Dans le monde germanique se fait comme la résurrection de la vie morale. L'unité divine et la nature de l'homme se réconcilient, et de cette fusion sortent la liberté, la vérité et la moralité.

Contemplons un moment l'esprit de ce système. Hegel part de l'homme; de sa nature psychologique et subjective, il passe à son dévelop-

pement objectif et historique; il parcourt successivement la famille, l'aggrégation des familles, qui constitue la société civile; l'état, l'aggrégation des états, qui mène à l'histoire du monde; et conclut ainsi de l'homme à l'humanité, de l'idée au fait, des lois de l'esprit aux lois de l'histoire. Bodin avait, au seizième siècle, entrevu ces pensées; Grotius, après lui, les avait vues un peu plus clairement; Vico en fit le système même de sa *Science nouvelle*, avec son aventureuse synthèse; aujourd'hui Hegel leur donne l'empreinte d'une philosophie et de formules profondément réfléchies, et élève à un dogmatisme absolu cette idée : L'esprit de l'homme se réalise par l'histoire du monde; l'humanité est l'homme même; l'idée et le fait, la philosophie et l'histoire, n'ont de différence que la forme.

Sur tout cela nous ne faisons qu'une réflexion. La philosophie de la nature qui se développe aujourd'hui en Allemagne est profondément historique dans son esprit. Sans doute elle semble souvent contrarier l'histoire dans les détails, mais au fond elle la sert; elle est historique, parce qu'elle est objective et réaliste. Kant et Fichte, avec leur idéalisme subjectif, répugnaient à l'objectivité de l'histoire, témoin surtout leurs théories sur le droit naturel, où le droit réel dans ses manifestations historiques est comme étouffé

sous la subjectivité de l'homme. Au surplus, les effets font foi : l'école idéaliste n'a pas produit un historien du droit, tandis que la philosophie de la nature n'a pas attendu long-temps à trouver le sien.

M. Gans débuta dans la science par un traité des obligations[1] suivant le droit romain, où, d'un esprit hardi et vigoureux, il jeta une vive lumière sur plusieurs points capitaux. En 1821 il donna des scholies sur Gaius; en 1824 et 1825, l'histoire du droit de succession.

Il est inutile de répéter ce que j'ai dit ailleurs[2], comment M. Gans attaqua violemment l'école historique, revendiqua les droits et la place de la philosophie dans la jurisprudence ; traça l'histoire du droit de succession sous l'inspiration du système de Hegel, les défauts de son livre, ses mérites et sa grandeur, la réaction salutaire qu'il opposa à l'école historique, l'ardeur de sa polémique, sa position nette et tranchée[3]. A l'heure qu'il est, l'école historique et la jeune école philosophique sont en présence à Berlin, M. de Savigny et M. Gans. La guerre est flagrante. Dans

[1] Uber Rœmisches Obligationen Recht insbesondere uber die Lehre von den Innominat contracten und dem jus pœnitendi. Heidelb, 1819.

[2] Voyez l'Appendice.

[3] En 1817, M. Gans a publié un plan systématique de droit romain.

l'école historique on a peur de la philosophie, qu'on regarde comme subversive de la science, de son mécanisme, de ses détails et de ses richesses. Dans le camp philosophique on regarde en pitié les jurisconsultes purement *historiques ;* on leur refuse la force de généraliser, de porter et de maintenir leurs regards sur les sommités de l'histoire, on les condamne à végéter dans quelques maigres détails de la philologie et des antiquités du droit. Au milieu de ce mouvement, plusieurs civilistes éminents, parmi lesquels il faut citer MM. Schrader, Von Lœhr, Gœschen, Mühlenbruch, Hasse, Dirksen et Zimmern, continuent paisiblement d'importants travaux qui appartiennent à la jurisprudence historique; mais ce qui caractérise en ce moment même chez nos voisins la science du droit, c'est la guerre violente que se font dans son sein les deux éléments dont elle se compose, la philosophie et l'histoire.

CHAPITRE XIX.

JÉRÉMIE BENTHAM.

Quand le dernier proconsul romain qui campa dans la Grande-Bretagne en eut abandonné les parages, la législation romaine disparut-elle entièrement avec l'aigle fugitive? Selden maintient que le droit romain n'avait laissé aucune trace en Angleterre, et n'y reparut au douzième siècle qu'après la révolution scientifique de l'école de Bologne. Mais M. de Savigny, après avoir cité ce témoignage [1], trouve dans le recueil des lois nationales, mais seulement à dater des rois normands, des indices qui trahissent quelque connaissance du droit romain; néanmoins il avoue qu'il n'y a pas de documents sur la pratique réelle de la législation romaine à cette époque. On rencontre, au contraire, quelques traces de son étude théorique, qui se confondait avec la culture des lettres. Ainsi, au huitième siècle, saint Aldeme raconte combien coûte de temps l'étude du droit romain, et l'énumère avec la métrique et la musique, comme une connaissance fort difficile

[1] Geschichte des Rœmischen Rechts im Mittelalter, t. II, p. 159.

à acquérir. Alcuin parle de l'école de York, et nomme, parmi les disciplines qu'on y enseignait, la grammaire, la rhétorique et la jurisprudence.

Au douzième siècle, sous le roi Étienne, vers 1140, Théobald, évêque de Cantorbéry, ayant des différents litigieux avec Henri, évêque de Winchester, vint en Italie en appeler au pape Célestin II. Il y fut frappé de l'éclat que jetait déjà la jurisprudence et de l'influence qu'exerçaient les jurisconsultes, si bien qu'il revint en Angleterre avec des manuscrits du droit romain et un Lombard, nommé Vacarius, qui le professait[1]. Vacarius, esprit actif, fonda à Oxford une école de droit. D'abord le roi Étienne le persécuta, lui défendit d'enseigner, et proscrivit l'étude des manuscrits. Mais il paraît que cette défense fut levée par Étienne lui-même, ou son successeur, car Vacarius resta en Angleterre et y continua son enseignement. Il composa même, vers 1149, un ouvrage entièrement original. Comme il avait des écoliers nobles et riches et des écoliers pauvres, il imagina d'écrire pour ces derniers un extrait du Code et des Pandectes, qu'il intitula : *Liber ex universo enucleato jure exceptus et pauperibus prœsertim destinatus*. Son école paraît avoir duré quelque temps après sa

[1] Voyez M. de Savigny, t. IV, p. 350, etc.

mort. Jean de Salisbury se servit souvent du droit romain dans son *Policraticus*. Pierre de Blois, son élève, étudia le droit romain à Bologne ; dans ses lettres il exalte la jurisprudence.

Mais ces études théoriques eurent peu de prise sur la pratique et la rédaction des lois nationales, qui, successivement, pièce à pièce, de règne en règne, de siècle en siècle, tantôt sous la forme de statuts partiels, tantôt sous celle de statuts généraux, de coutumes particulières, de coutumes générales, de précédents et de jurisprudence, formèrent le vaste et confus assemblage de la législation anglaise. Aussi l'histoire de la science ne nous offre guère dans la Grande-Bretagne que des praticiens consommés qui, comme Coke, ont vieilli dans l'étude des faits innombrables où se perd la jurisprudence anglaise, mais peu de jurisconsultes qui, distinguant le droit de la loi, aient fécondé la science par l'histoire et la philosophie. Selden est à peu près le seul qui puisse être nommé. Blackstone, qui montait en chaire en 1758, pour professer les lois anglaises, et se présentait pour faire les affaires de la théorie contre les prétentions exclusives de la pratique, est un esprit timide et peu élevé qui ne sortit guère lui-même du cercle des autorités et des préjugés nationaux. L'Angleterre a eu des philosophes politiques, comme Thomas

Morus, Hobbes; Algernon Sidney, qui défendait les droits et les théories de la démocratie avec les textes de l'Écriture; Harrington, avec son allégorique Oceana; Locke, qui rendit populaire la doctrine d'un contrat primitif. Mais pour des jurisconsultes qui aient vraiment senti et professé le droit, nous ne lui connaissons guère que Bacon et Selden.

Quand Jérémie Bentham, à la fin du siècle dernier, jeta les yeux autour de lui, il fut indigné de la tyrannie qu'exerçaient dans la jurisprudence anglaise, les autorités, les préjugés et la routine opiniâtre des légistes de son pays; d'un esprit audacieux et libre, il réagit violemment contre eux, arbora l'étendard de l'esprit philosophique et du système sensualiste, commença une guerre qui dure encore, fonda une école puissante en ce moment, que signalent d'importants services rendus, de grands mérites et des erreurs plus grandes encore.

Bentham a écrit à la fois sur le fond du droit, sur les droits eux-mêmes, puis sur les manières de les exercer et les procédés à prendre pour les appliquer; il a traité à la fois ce que le droit a d'interne et son appareil extérieur. Il est supérieur sur ce dernier point : ainsi, quand il établit ce qu'il appelle sa *logique judiciaire*, et bat en ruine les préjugés de la routine, les superstitions de

l'ignorance, et les sophismes de métier, rien de plus neuf et de plus raisonnable à la fois; c'est un merveilleux accord d'originalité et de bon sens. Aussi le traité des *preuves judiciaires* est le chef-d'œuvre de Bentham, tant pour le fond des idées que pour leur exposition méthodique et lumineuse, qui, comme on sait, appartient à M. Dumont. Au surplus, Bentham a commencé sa carrière par examiner le mécanisme extérieur de la justice; en 1791 il réfuta dans des ouvrages polémiques le système d'organisation judiciaire adopté par l'assemblée constituante. Récemment M. Dumont a remanié et rédigé sous des formes élégantes les théories du publiciste anglais, et a donné un véritable traité dogmatique sur l'organisation judiciaire, qui se recommande surtout par trois théories fondamentales :

La théorie du juge unique. Elle a pour elle la sanction de l'histoire à Rome et en Angleterre.

La théorie du pouvoir de délégation. Pourquoi un juge ne déléguerait-il pas des substituts, aussi bien qu'un général d'armée et un administrateur.

La théorie de l'amovibilité. On conçoit que dans un gouvernement absolu l'inamovibilité soit une garantie; mais dans un gouvernement libre, la garantie véritable n'est-elle pas au contraire dans l'amovibilité.

Voilà surtout les mérites de Bentham ; mais

quand il aborde le fond du droit, aveuglé par le sensualisme, il mutile la nature humaine, il écrit ces propositions :

« La vertu n'est un bien qu'à cause des plaisirs « qui en dérivent; le vice n'est un mal qu'à cause « des peines qui en sont les suites.

« Le bien moral n'est *bien* que par sa tendance « à produire des biens physiques; le mal moral « n'est *mal* que par sa tendance à produire des « maux physiques. Mais quand je dis *physiques*, « j'entends les peines et les plaisirs de l'âme, aussi « bien que les peines et les plaisirs des sens. J'ai « en vue l'homme tel qu'il est dans sa constitution « actuelle[1]. »

Ainsi donc, Jérémie Bentham, l'humanité s'était trompée jusqu'à vous ; elle avait distingué jusqu'à présent l'intelligence, des sens; le moral, du physique; le bien, de l'agréable; le juste, de l'utile. Mais aujourd'hui vous la détrompez : en vérité, c'est une révélation.

D'après une pareille psychologie, que sera le droit? Rien. Écoutez cette autre proposition.

« Le droit proprement dit est la créature de la « *loi* proprement dite; les lois réelles donnent nais- « sance au droit réel.

« Quand on dit que la loi ne peut pas aller

---

[1] Traité de législation civile et pénale, t. II, p. 4, 2e édit., 1820.

« contre le droit naturel, on emploie le mot *droit* « dans un sens supérieur à la loi; on reconnaît un « droit qui attaque la loi, qui la renverse et l'an-« nule. *Dans ce sens antilégal, le mot* droit *est le* « *plus grand ennemi de la raison, et le plus terrible* « *destructeur des gouvernements*[1]. »

En vérité, Bossuet était plus *libéral* quand il disait qu'il n'y a pas de droit contre le droit. Que si quelques-uns étaient tentés de croire que, cependant, il y a certains droits inhérents à la nature humaine et qui existent sans la déclaration de la loi, voici qui va les confondre : « Par rapport « même aux actes sur lesquels la loi s'abstient « d'ordonner ou de défendre, elle vous confère « un droit positif, le droit de les faire ou de ne « pas les faire, sans être troublé par personne « dans l'usage de votre liberté. Je puis rester de-« bout ou m'asseoir, entrer ou sortir, manger ou « ne pas manger, etc.; la loi ne prononce rien « sur cela. Cependant le droit que j'exerce à cet « égard, je le tiens de la loi, parce que c'est elle « qui érige en délit toute violence par laquelle on « voudrait m'empêcher de faire ce qui me plaît[2]. »

Cela nous conduit à cette autre proposition, que la loi crée les délits, et que par elle seulement il y a crime et innocence.

---

[1] Ibidem, p. 128 et 129.

[2] T. III, p. 195.

Par voie de conséquence, point de propriété, d'obligations antérieures à la déclaration de la loi. Le législateur de Bentham crée tout de sa baguette puissante.

Bentham ne traite pas mieux l'histoire que la nature humaine; il ne l'aime pas, et il a raison, car elle donne à son système de terribles démentis. Aussi quelque part nous dit-il avec humeur : « Le principe de l'utilité n'a jamais été ni bien dé-« veloppé ni bien suivi par aucun législateur; « mais, comme nous l'avons déjà dit, il a pénétré « dans les lois par son alliance occasionelle avec « le principe de sympathie et d'antipathie. Les « idées générales de vice et de vertu, fondées sur « des sentiments confus de bien et de mal, ont été « assez uniformes pour l'essentiel. Les législateurs, « en consultant ces idées populaires, ont fait les « premières lois, sans lesquelles les sociétés n'au-« raient pas pu subsister[1]. » L'aveu est naïf et précieux. L'histoire vous dément, vous en convenez; l'humanité s'est entêtée à ne pas suivre votre logique et votre école.

Aussi comme, aux yeux de Bentham, l'histoire du droit et des législations est peu de chose! Il la dédaigne, ou peut-être il la craint; mais enfin il ne l'a pas étudiée et ne la connaît pas. A ses yeux,

---

[1] T. I, p. 21.

le droit romain est tout entier dans Heineccius; sous le nom de *romanistes* il confond l'antiquité et les commentateurs modernes, et mêle, dans sa dédaigneuse colère, les époques et les doctrines les plus diverses.

On sait jusqu'à quel point il méconnaît Montesquieu, comme il le gourmande sur sa définition de la *loi*, lui déclare qu'il ignore ce que veut dire un *rapport*, et lui reproche de s'être fait antiquaire et historien. C'est qu'il est impossible à l'école sensualiste de comprendre Montesquieu : de la meilleure foi du monde elle calomnie éternellement ce grand homme et son monument. Elle ne voit pas, elle ne peut pas voir que Montesquieu est un historien de l'humanité; qu'il ne crée rien, mais qu'il veut tout expliquer; et que sous ces formes si vives et si dogmatiques il n'y a en réalité que des faits observés et une histoire merveilleusement écrite. Mais il est de la destinée des sensualistes de ne jamais comprendre ce qui n'est pas eux et leur système, et de méconnaître l'humanité et son histoire.

Je n'insisterai pas davantage. Ce n'est pas moi qui dois démontrer le néant du système de Bentham, quant à sa base et à ses principes. Je me décharge de ce soin sur l'histoire, sur les hommes que j'ai appelés en témoignage dans cette revue de la science, sur Grotius, Leibnitz, Domat, Vico,

Montesquieu et Kant. J'aime mieux signaler ce qu'au milieu de tant d'erreurs Bentham prodigue de vues spirituelles et fines, d'observations profondes, l'audace généreuse avec laquelle il combat tout ce qui lui semble erreur et préjugé. Sans doute Jérémie Bentham, dans ses nombreux ouvrages, a failli souvent; mais on lui doit estime et reconnaissance, parce qu'il a servi la cause de l'indépendance philosophique; d'ailleurs, nous ne marchons ici-bas qu'à la condition de chanceler.

L'Angleterre se trouve en ce moment entre ses praticiens obstinés et l'école de Bentham[1]; pour la science du droit proprement dite, elle y sommeille toujours. Cependant quelques indices semblent trahir un désir de retour aux études historiques de la jurisprudence; on y traduit MM. Niebuhr et de Savigny. A Édimbourg, quelques professeurs écossais s'occupent du droit romain. Les rédacteurs de la *Revue* tournent de temps à autre les yeux vers l'Allemagne[2]. Puisse le droit renaître avec vigueur dans la Grande-Bretagne, cette terre des légistes et de la légalité!

---

[1] Voyez The jurist.

[2] Quelques autres *Revues* anglaises, entre autres *the Westminster Review*, contiennent de temps à autre des articles de jurisprudence.

CHAPITRE XX ET DERNIER.

RÉVOLUTION FRANÇAISE. — PHILOSOPHIE SPIRITUALISTE DU CODE CIVIL. — MISSION ET PORTÉE DE L'HISTOIRE DU DROIT. — CONCLUSION.

La religion et le droit sont à coup sûr les deux premiers besoins de l'homme et de l'humanité. Par la religion l'homme tend à se compléter lui-même, en se mettant en rapport avec la raison universelle et suprême; par le droit l'homme tend à se maintenir lui-même, à respecter les autres hommes, en soutenant incessamment avec eux des rapports constamment légitimes. Mais ni la religion ni le droit ne se contentent de spéculation et de science, il leur faut la pratique et l'action. On ne soutient pas de lutte et de guerre pour la cause du beau; on se bat peu pour la cause du vrai, davantage pour ce qui est utile. Mais ce qui soulève véritablement l'humanité, c'est le soin de défendre sa foi et de maintenir son droit. Or, à la fin du dix-huitième siècle, le moment était venu où dans notre France le droit et la législation devaient avancer non plus par la théorie, mais par l'action; non plus par la science, mais par une catastrophe historique et un mouvement révolutionnaire.

La révolution de 1789 éclate. Tout se disperse, jurisconsultes, doctrines, parlements, jurisprudence, avocats, traditions; les coutumes sont abolies, le droit écrit effacé. Une législation jeune, audacieuse, révolutionnaire, prend les rênes de l'état. Moïse, sur le mont Sinaï, recevait les Tables de la loi au milieu des foudres et des éclairs; c'est au sein des orages et montée sur des ruines que notre fière révolution nous a transmis les nôtres.

Dans cette crise d'innovations, il est clair que les jurisconsultes devaient perdre non-seulement toute initiative, mais même toute participation importante à la création d'une législation nouvelle, et que ceux d'entre eux qui voudraient y travailler devaient dépouiller le génie familier à leur profession, le respect pour l'antiquité, et renoncer en partie aux habitudes et au vocabulaire de leur science; encore, au prix de tous ces sacrifices, ils ne faisaient qu'obéir à la direction qui leur était imprimée, car cette fois c'était l'opinion publique elle-même, dans toute son effervescence, qui s'écrivait aux Tables de la loi.

La première assemblée nationale travailla surtout au droit politique, dont le code est aujourd'hui la charte constitutionnelle. Après avoir fait la constitution et une législation criminelle, elle

légua le devoir de rédiger un nouveau code civil[1] à ses successeurs, qui, dans leur courte existence, au milieu des orages, entre les débris du trône et une république naissante, ne purent s'arrêter à la composition d'un système de lois civiles. Mais la Convention, qui présente le spectacle unique dans l'histoire d'une assemblée délibérante plus active et plus résolue qu'un seul homme, qui ne se contentait pas d'organiser la terreur et la victoire, et qui, à mesure qu'elle arrachait un fondement de l'ancienne France, voulait jeter à la place une législation vive et forte qui prît racine, décréta la rédaction d'un code civil. Le 9 août 1793, le citoyen Cambacérès faisait un rapport sur un projet de code présenté par le comité de législation. « Il faut, « s'écriait-il dans son enthousiasme républicain, « après avoir long-temps marché sur des ruines, « il faut élever le grand édifice de la législation « civile, édifice simple dans sa structure, mais « majestueux dans ses proportions, grand par sa « simplicité même, et d'autant plus solide que, « n'étant pas bâti sur le sable mouvant des sys« tèmes, il s'élèvera sur la terre ferme des lois « de la nature, et sur le sol vierge de la répu-

[1] Il sera fait un code de lois civiles commun à tout le royaume. (Constitution de 1791, t. I.)

« blique[1]. » Le projet était divisé en quatre livres: *de l'État des personnes*, *des Contrats*, *des Biens*, *des Actions*[2]. Précis et clair, il résume bien les principes politiques de l'époque, et soumet à leur influence la vie civile et domestique avec une rigoureuse unité. Cependant la convention ne fut pas satisfaite : elle voulait encore plus de laconisme et d'innovations. Le 23 fructidor de l'an 2, Cambacérès présenta un nouveau projet plus succinct encore ; on en discutait quelques articles quand la convention se sépara.

Mais, depuis le 9 thermidor, le despotisme des idées républicaines avait commencé de déchoir; la liberté civile et individuelle se ranimait; la réaction devenait sensible de jour en jour, et quand, le 24 prairial an 4, le même Cambacérès présentait au Conseil des cinq-cents un troisième projet de code civil, c'étaient déjà d'autres idées et d'autres principes. On voit dans ce projet, beaucoup plus long que les deux premiers et composé de 1104 articles, les droits civils qui, se détachant des droits politiques, cherchent à s'établir à part, et les errements de l'ancienne jurisprudence qui commencent à reparaître. Au surplus, les conseils ne discutèrent pas ce travail.

---

[1] Voyez le projet de code civil présenté à la convention nationale. (1793.)

[2] Le livre *des Actions* n'a pas été rédigé.

Bientôt après, Bonaparte fut maître. Cette fois l'œuvre d'un code civil ne devait plus être ajournée. Elle offrait au premier consul l'occasion précieuse de faire et de manifester son choix dans les conquêtes et les résultats de la révolution, de montrer officiellement que, s'il rejetait tout ce qui dérivait des principes républicains, il voulait, au contraire, retenir et consacrer tout ce qui touchait à l'égalité civile et à la liberté domestique. Proscrire de plus en plus la république, et restaurer la monarchie par des voies indirectes; tout en asservissant le citoyen par la constitution politique, régler l'existence et les droits du père de famille, de l'époux et du fils; satisfaire le besoin d'ordre et de stabilité intérieure qui avait remplacé l'amour de la liberté; créer des carrières où se pourraient déployer, sans danger pour le pouvoir, l'activité des citoyens; enfin, attacher son nom et sa gloire à un monument durable: voilà les avantages que trouvait le dictateur dans la création d'une législation nouvelle; et c'est ainsi que nos lois civiles, toujours améliorées à travers notre histoire, auxquelles avait travaillé Charlemagne, restaurées successivement par saint Louis, Charles VII, Louis XI, Louis XIV et les deux derniers rois, menacées et non détruites par le génie de la révolution, venaient enfin, pour être maîtrisées et façonnées, tomber entre les

mains de ce Bonaparte qui avait accepté la double succession de la monarchie et de la république.

Ici s'opéra, sous la puissante influence d'un seul homme, une des transactions les plus curieuses que présente l'histoire du droit. A côté des maximes nouvelles de la révolution sur les points principaux du droit privé comme sur l'état des personnes, les successions, etc., reparurent ouvertement les traditions de l'ancienne jurisprudence et les doctrines du droit romain. Dans tout ce qui ne blessait pas l'esprit d'égalité et d'indépendance, on reproduisit l'ancien droit sous les formes élégantes et philosophiques des codes modernes; on découpa rapidement plusieurs traités de Pothier, quelques morceaux de Domat, d'anciennes ordonnances; et, de cette sorte, les vieilles habitudes de nos mœurs, dans les rapports privés, furent respectées, l'expérience de nos ancêtres fut associée à nos propres conquêtes, ce fut comme une composition entre l'histoire et la philosophie. Aussi nous n'avons pas, pour notre compte, à nous occuper de la querelle qui partage les jurisconsultes allemands; nous ne sommes point intéressés à rechercher ce qui vaut le mieux, d'une législation antique, sans rédaction arrêtée, expression naïve et quelquefois indécise de la civilisation nationale, ou d'un petit nombre de règles générales ayant un caractère philosophique,

formulées clairement dans un code. Nous avons tranché cette question d'école par notre révolution. Nous nous sommes satisfaits nous-mêmes dans nos principes et dans nos droits; mais nous n'avons pas rejeté nos pères, et nous avons établi les fondements d'une législation qui n'a été irréligieuse ni envers le passé et ses respectables leçons, ni envers l'esprit humain et ses irrésistibles progrès. C'est ce que n'a point senti M. de Savigny quand il nous reproche l'institution de nos codes.

Voilà pourquoi, quelles que puissent être sur certains points les imperfections de nos lois, quelques reproches que puissent leur adresser la science du jurisconsulte, la raison du philosophe et le bon sens du citoyen, elles nous sont précieuses, et supérieures dans leur ensemble aux lois des autres peuples. Les bases de notre législation ont été renouvelées, les cadres en ont été tracés d'une main ferme, les améliorations peuvent s'y introduire successivement, et il n'y a plus rien à abolir avec violence. Telle est notre position à la fois rationnelle, pratique et nationale.

Aussi il est important d'avoir en mémoire, comme point de départ, l'histoire de la confection de nos codes, et surtout du code civil. On l'a dit, c'est un drame. Sur le premier plan paraît

Bonaparte déployant au plus haut degré l'énergie du pouvoir et de la raison ; quand sa vue n'est pas troublée par le despotisme, d'un sens admirable dans les discussions les plus épineuses, et dominant à force de génie une science qui lui est étrangère. Il préside un conseil d'état composé d'administrateurs, de savants, d'*hommes d'épée et de finance* [1], et de jurisconsultes. Ces derniers ne sont point en majorité. On distingue parmi eux le sage Tronchet, Bigot-Préameneu et Malleville, esprits clairs, analytiques et élégants; Cambacérès, sachant bien embrasser toutes les faces d'une question, mais dénué de cette verve de jugement qui sait prendre parti (le premier consul l'appelait l'*éternel avocat général*); et surtout le brillant Portalis, qui, par son éloquence animée, son style éclatant et limpide, s'est fait, pour ainsi dire, l'orateur et l'écrivain du code civil. Cependant, à côté du conseil, les derniers républicains s'agitaient au tribunat. Pour sauver à tout prix la liberté politique, ils s'étaient résolus à combattre pied à pied un gouvernement qui faisait de l'ordre et de la gloire un instrument de tyrannie : c'étaient Carnot, Chénier, M. Benjamin Constant, qui illustrait les débuts de sa carrière parlementaire. Mais la nation, lasse de démocratie, et

[1] Expressions du premier consul, Mémoires sur le consulat, p. 418.

jouissant avec délices d'une stabilité récente et glorieuse, ne prêtait pas aux derniers défenseurs de ses libertés cet appui moral, ne leur envoyait pas ces encouragements sans lesquels le patriotisme le plus pur et le plus ferme se déconcerte et arrive à douter de lui-même. Bonaparte écrivit dans *le Moniteur* ces mots : « Il n'y a pas unité « d'intention entre le tribunat et le gouverne- « ment. » Quelque temps après, il brusqua contre les tribuns un coup d'état, et poursuivant désormais sans obstacle sa marche et son ouvrage, il donna à la France une vaste et nouvelle législation.

C'est cette législation dont nous jouissons, et qui fait notre vie civile et positive; nos codes sont entrés dans nos mœurs; nous les aimons comme une conquête et un patrimoine.

L'élément politique y prédomine, et la science n'y paraît que dans une condition subalterne; ce qui était inévitable, puisque nos codes n'ont été rédigés qu'à la suite et à la faveur d'une révolution politique. Que Pothier fasse presque à lui seul les frais du code civil, il faut s'en féliciter, non s'en plaindre; il est fort heureux que les rédacteurs modernes, dans leur création hâtive, aient trouvé Pothier pour collaborateur. Nos pères, qui élevèrent si rapidement les codes entre la tribune de la Convention et le trône impérial, et qui,

21

par leur énergique promptitude, obéissaient merveilleusement à leur vocation politique, n'étaient ni philosophes spéculatifs ni profonds historiens. De là les défauts de leurs monuments. Le code civil est plein de malentendus sur le dogme et l'histoire. Le code de procédure est une résurrection élégante des pratiques du Châtelet, et n'a d'un peu rationnel que son premier livre sur les justices de paix. Notre procédure criminelle appelle la réforme, surtout dans la juridiction correctionnelle. Enfin, le code pénal offre une anarchie éclatante des principes les plus contraires. Au premier abord, on serait tenté de le croire fortement rationnel, et même stoïque, puisqu'il punit l'intention comme le fait, la tentative comme le crime; mais il faut en perdre cette opinion et cette estime quand on le voit définir le mérite et la valeur des actions par la nature et la quotité de la peine : il y a contravention, crime et délit, non pas d'après la moralité de l'action et la nature de l'homme, mais d'après le tarif de la pénalité.

Toutefois le code civil, malgré ses imperfections, est de beaucoup supérieur aux quatre autres; il a hérité des richesses de l'ancien droit français, de la sagesse de nos vieilles coutumes, des travaux de Dumoulin, de Cujas, de d'Aguesseau et de Pothier. En ce sens, il est profondément historique; pour sa philosophie, il est spiritualiste.

A travers toute notre histoire, le droit français se montre constamment spiritualiste, et il n'en saurait guère être autrement, car le droit est une conception de la pensée, une idée de l'intelligence. Il faut être de l'école de Bentham, prendre une sensation pour une idée, pour méconnaître le spiritualisme nécessaire du droit. L'histoire nous en montre les développements continus : le droit romain et le droit français sont profondément rationnels et intelligibles. Le sensualisme régnait au dix-huitième siècle, au commencement du dix-neuvième, et cependant il n'a pu changer le droit français et son caractère spiritualiste. Jérémie Bentham seul, disciple de Locke, de Condillac et d'Helvétius, proscrit la notion et l'idée du droit, lui substitue l'utile, et se montre bon logicien. Mais la philosophie sensualiste n'a eu cette conséquence que dans la tête d'un seul homme, parce qu'un seul homme peut s'entêter à être conséquent à tout prix, tandis que le bon sens d'un peuple manque facilement à la logique, pour ne pas contrarier continuellement la vérité. Aussi le code civil, qui a été préparé par l'esprit général de la philosophie du dix-huitième siècle, est une inconséquence, si on veut le considérer comme une conséquence du sensualisme.

Portalis, dans le discours préliminaire du projet de code civil, s'exprimait ainsi : « Il nous a

« paru utile de commencer nos travaux par un
« livre préliminaire, *du Droit et des lois en géneral.*

« Le droit est la raison uiverselle, la suprême
« raison fondée sur la nature même des choses.
« Les lois sont ou ne doivent être que le droit
« réduit en règles positives, en préceptes parti-
« culiers.

« Le droit est moralement obligatoire.... Les
« divers peuples entre eux ne vivent que sous
« l'empire du droit; les membres de chaque cité
« sont régis comme hommes par le droit, et
« comme citoyens par les lois.

« Le droit naturel et le droit des gens ne diffè-
« rent point dans leur substance, mais seulement
« dans leur application. La raison, en tant qu'elle
« gouverne indéfiniment tous les hommes, s'ap-
« pelle *droit naturel;* et elle est appelée *droit des*
« *gens* dans les relations de peuple à peuple.

« Si l'on parle d'un droit des gens naturel et
« d'un droit des gens positif, c'est pour distinguer
« les principes éternels de justice, que les peuples
« n'ont point faits, et auxquels les divers corps
« de nations sont soumis comme les moindres
« individus, d'avec les capitulations, les traités
« et les coutumes, qui sont l'ouvrage des peu-
« ples, etc. »

En vertu de ces maximes, les commissaires
Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu, Malleville,

tracèrent un livre préliminaire, espèce de déclaration de principes du législateur français.

Livre préliminaire. — DU DROIT ET DES LOIS.

TITRE Ier. — Définitions générales.

« ART. Ier. Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives : il « n'est que la raison naturelle qu'elle gouverne, « en tant qu'elle gouverne tous les hommes.

« II. Tout peuple reconnaît un droit extérieur « ou des gens, et il a un droit intérieur qui lui « est propre.

« III. Le droit extérieur ou des gens est la réu- « nion des règles qui sont observées par les di- « verses nations les unes envers les autres.

« Dans le nombre de ces règles, les unes sont « uniquement fondées sur les principes de l'équité « générale ; les autres sont fixées par des usages « reçus ou par des traités.

« Les premières forment le droit des gens na- « turel ; les secondes, le droit des gens positif.

« IV. Le droit intérieur ou particulier de cha- « que peuple se compose en partie du droit uni- « versel, en partie des lois qui lui sont propres, « et en partie de ses coutumes ou usages, qui sont « le supplément des lois.

« V. La coutume résulte d'une longue suite « d'actes constamment répétés, qui ont acquis la

« force d'une convention tacite et commune.

« VI. La loi, chez tous les peuples, est une « déclaration solennelle du pouvoir législatif sur « un objet de régime intérieur et d'intérêt com- « mun.

« VII. Elle ordonne, elle permet, elle défend ; « elle annnonce des récompenses et des peines.

« Elle ne statue point sur des faits individuels ; « elle est présumée disposer, non sur des cas rares « ou singuliers, mais sur ce qui se passe dans le « cours ordinaire des choses.

« Elle se rapporte aux personnes ou aux biens, « et aux biens pour l'utilité commune des per- « sonnes.

TITRE II. — Division des lois.

« ART. I[er]. Il est diverses espèces de lois.

« Les unes règlent les rapports de ceux qui « gouvernent avec ceux qui sont gouvernés, et « les rapports de chaque membre de la cité avec « tous : ce sont les lois constitutionnelles et poli- « tiques.

« Les autres règlent les rapports des citoyens « entre eux : ce sont les lois civiles.

« Les troisièmes règlent les rapports de l'homme « avec la loi. Cette partie de la législation est la « garantie et la sanction de toutes les lois : elle se « compose des lois relatives à l'ordre judiciaire, « des lois criminelles, des lois concernant la po-

« lice, et de toutes celles qui ont directement les
« mœurs ou la paix publique pour objet.

« Les quatrièmes disposent sur des objets qui
« n'appartiennent exclusivement à aucune des
« divisions précédentes : ce sont les lois fiscales,
« les lois commerciales, les lois maritimes, les lois
« militaires, les lois rurales.

« II. Les lois, de quelque nature qu'elles soient,
« intéressent à la fois et le public et les particu-
« liers. Celles qui intéressent plus immédiatement
« la société que les individus forment le droit pu-
« blic d'une nation.

« Dans le droit privé sont celles qui intéressent
« plus immédiatement les individus que la société.

« III. Les lois diffèrent des règlements : les rè-
« glements sont variables; la perpétuité est dans
« le vœu des lois.

TITRE III. — De la publication des lois.

« ART. Ier. Les lois sont adressées aux autorités
« chargées de les exécuter ou de les appliquer.

« II. Les lois dont l'application appartient aux
« tribunaux sont exécutoires, dans chaque partie
« du territoire de la république, du jour de leur
« publication par les tribunaux d'appel.

« III. Cette publication doit être faite, à peine
« de forfaiture, à l'audience qui suit immédiate-
« ment le jour de la réception, par la section qui

« est de service. Le greffier en dresse procès-ver-
« bal sur un registre particulier.

« IV. Les lois dont l'exécution et l'application
« appartiendraient à la fois aux tribunaux et à
« d'autres autorités, leur sont respectivement
« adressées; et elles sont exécutoires, en ce qui
« est relatif à la compétence de chaque autorité,
« du jour de la publication par l'autorité compé-
« tente.

TITRE IV. — **Des effets de la loi.**

« ART. Ier. Le premier effet de la loi est de
« terminer tous les raisonnements et de fixer
« toutes les incertitudes sur les points qu'elle
« règle.

« II. La loi ne dispose que pour l'avenir; elle
« n'a point d'effet rétroactif.

« III. Néanmoins, une loi explicative d'une
« autre loi précédente règle même le passé, sans
« préjudice des jugements en dernier ressort, des
« transactions et décisions arbitrales passées en
« force de chose jugée.

« IV. La loi oblige indistinctement ceux qui
« habitent le territoire; l'étranger y est soumis
« pour les biens qu'il y possède, et pour sa per-
« sonne pendant sa résidence.

« V. Le Français résidant en pays étranger
« continue d'être soumis aux lois françaises pour
« ses biens situés en France, et pour tout ce qui

« touche à son état et à la capacité de sa per-
« sonne.

« Son mobilier est réglé par la loi française,
« comme sa personne.

« VI. La forme des actes est réglée par les lois
« du lieu dans lequel ils sont faits ou passés.

« VII. On ne peut, par des conventions, dé-
« roger aux lois qui appartiennent au droit pu-
« blic.

« VIII. La loi règle les actions; elle ne scrute
« pas les pensées; elle répute licite tout ce qu'elle
« ne défend pas. Néanmoins, ce qui n'est pas con-
« traire à la loi n'est pas toujours honnête.

« IX. Les lois prohibitives emportent peine de
« nullité, quoique cette peine n'y soit pas formel-
« lement exprimée.

TITRE V. — De l'application et de l'interprétation des lois.

« ART. I[er]. Le ministère du juge est d'appliquer
« les lois avec discernement et fidélité.

« II. Il est souvent nécessaire d'interpréter les
« lois.

« Il y a deux sortes d'interprétations : celle par
« voie de doctrine, et celle par voie d'autorité.
« L'interprétation par voie de doctrine consiste à
« saisir le véritable sens d'une loi, dans son ap-
« plication à un cas particulier. L'interprétation
« par voie d'autorité consiste à résoudre les doutes

« par forme de disposition générale et de com-
« mandement.

« III. Le pouvoir de prononcer par forme de
« disposition générale est interdit aux juges.

« IV. L'application de chaque loi doit se faire
« à l'ordre des choses sur lesquelles elle statue.
« Les objets qui sont d'un ordre différent ne
« peuvent être décidés par les mêmes lois.

« V. Quand une loi est claire, il ne faut point
« en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer
« l'esprit; et dans l'application d'une loi obscure,
« on doit préférer le sens le plus naturel et celui
« qui est le moins défectueux dans l'exécution.

« VI. Pour fixer le vrai sens d'une partie de la
« loi, il faut en combiner et en réunir toutes les
« dispositions.

« VII. La présomption du juge ne doit pas être
« mise à la place de la présomption de la loi; il
« n'est pas permis de distinguer lorsque la loi ne
« distingue pas; et les exceptions qui ne sont
« point dans la loi ne doivent point être suppléées.

« VIII. On ne doit raisonner d'un cas à un
« autre que lorsqu'il y a même motif de décider.

« IX. Lorsque, par la crainte de quelque fraude,
« la loi déclare nuls certains actes, ses dispositions
« ne peuvent être éludées sur le fondement que
« l'on aurait rapporté la preuve que ces actes ne
« sont point frauduleux.

« X. La distinction des lois odieuses et des lois « favorables, faite dans l'objet d'étendre ou de « restreindre leurs dispositions, est abusive.

« XI. Dans les matières civiles, le juge, à dé- « faut de loi précise, est un ministre d'équité. « L'équité est le retour à la loi naturelle ou aux « usages reçus dans le silence de la loi positive.

« XII. Le juge qui refuse ou qui diffère de « juger sous prétexte du silence, de l'obscurité, « de l'insuffisance de la loi, se rend coupable « d'abus de pouvoir ou de déni de justice.

« XIII. Dans les matières criminelles, le juge « ne peut en aucun cas suppléer à la loi.

Titre VI. — De l'abrogation des lois.

« Art. Ier. Les lois ne devant point être chan- « gées, modifiées ou abrogées, sans de grandes « considérations, leur abrogation ne se présume « pas.

« II. Les lois sont abrogées, en tout ou en « partie, par d'autres lois.

« III. L'abrogation est expresse ou tacite.

« Elle est expresse quand elle est littéralement « prononcée par la loi nouvelle.

« Elle est tacite si la nouvelle loi renferme des « dispositions contraires à celles des lois anté- « rieures. »

Ce livre préliminaire fut retranché, avec rai-

son, je crois, car la loi doit dicter des prescriptions, et non pas inculquer des principes; être impérative, et non pas didactique. Mais le livre préliminaire est précieux pour attester la pensée spiritualiste du législateur. Le spiritualisme est tout entier dans la distinction du droit et de la loi, et fait la base du code civil.

Voilà donc où nous en sommes. Notre révolution a fait les codes; elle a beaucoup innové; mais cependant elle n'a pas dispersé les richesses de l'histoire et de la science, qu'il nous appartient aujourd'hui de féconder. Nos pères ont édifié par l'instrument des révolutions; nous, nous réformerons par la voie de la science. Leur affaire, dans la législation, était surtout l'élément politique; la nôtre sera l'élément scientifique. Ils ont eu l'action en partage, ils l'ont épuisée, et ne nous ont rien laissé à faire, tellement qu'en voulant les imiter nous les parodierions. Il ne nous reste, à nous, que la pensée et la théorie. Oui, interrogeons Jemmapes et Fleurus, la tribune de la convention et les Pyramides, ils nous diront que le jeu des batailles et des révolutions est épuisé, et qu'aujourd'hui c'est seulement dans la science que la jeunesse française pourra trouver la gloire : la science, cette pâture de l'esprit de l'homme, qui le nourrit sans le satisfaire; la gloire, la seule des chimères humaines qui vaille

qu'on se sacrifie pour elle, dût la gloire ne pas accepter le sacrifice.

Or, nous l'avons établi dès le principe, et nous l'avons reconnu continuellement dans cette revue de la science, le droit est une science morale qui vient entre la philosophie et l'histoire; qui à la première emprunte ses règles absolues, à la seconde le drame, et dans cette combinaison trouve sa forme individuelle. Philosophie, histoire, élément philosophique, élément historique, forment la substance de la jurisprudence. Il faut donc étudier philosophiquement et historiquement le droit. Philosophiquement; car, si on ne s'attache à la nature humaine, à ses principes, au secret des règles absolues et fondamentales, on ne sait rien; les législations diverses ne sont plus que des représentations et des phraséologies dont on ignore éternellement l'esprit. Il faut étudier le droit historiquement: sans la connaissance de l'histoire, de ce qui a vécu et duré avant nous, nous resterions toujours incomplets, ignorants et injustes; si nous nous avisions de dédaigner le passé, nous perdrions l'entente de notre temps et de nos propres lois. Isolons nos codes de ce qui les a précédés, ils ne seront plus que des rédactions maigres et abstraites qui ne tiendront à rien; tel principe qui puise sa raison dans notre histoire nous deviendra inintelligible et barbare,

et, voulant nous suffire à nous-mêmes, nous ignorerons infiniment. Si, au contraire, nous considérons la législation contemporaine comme la suite heureuse et l'accomplissement de notre civilisation nationale, si nous la rattachons non-seulement aux conquêtes récentes de nos pères, mais à des luttes plus vieilles, à cet effort continu qu'ont fait, à travers les siècles et la monarchie, l'intelligence, le savoir et le courage de la France, alors tout s'enchaîne, s'éclaircit et s'explique; on connaît l'œuvre de chaque âge et de chaque régime, on est juste, on sait véritablement les choses. C'était à nos pères à répandre sur le passé un mépris terrible, puisqu'ils en devaient renverser les institutions et l'ouvrage; nous, aujourd'hui, par notre dédain, nous ne serions qu'impuissants et ridicules.

L'homme ne se rend véritablement compte de lui-même que par la double connaissance de la philosophie et de l'histoire; il n'est ferme dans le présent que l'œil sur l'avenir, et l'oreille attentive au retentissement du passé.

Le jurisconsulte, dans les réformes qu'il voudra poursuivre de nos jours, saura se préserver, par la double connaissance de la philosophie et de l'histoire, d'une routine peu intelligente et d'un radicalisme fougueux et ignorant.

L'histoire générale du droit, éclairée par la

philosophie, a la mission de préparer les réformes; c'est une vaste enquête qui doit aboutir à des conclusions dogmatiques.

L'union de la philosophie et de l'histoire forme l'unité de la jurisprudence européenne : les faits font foi. L'Italie met trois siècles à poser la base historique, et donne à l'Europe Vico, qui unit l'histoire et la philosophie. La Hollande a son Grotius, qui, précurseur de Vico, travaille sur le même fonds et la même pensée. L'Allemagne a Leibnitz, génie philosophique et historique, Kant, l'école historique de nos jours, et enfin une jeune école philosophique, qui, par leur opposition nécessaire, servent la science tout en la démembrant. Enfin la France jette dans la balance le seizième siècle et Montesquieu; et, après une révolution qui devient européenne, elle saura, dans la science du droit, marier la philosophie et l'histoire, en les approfondissant toutes deux.

Je ne sais si c'est une illusion du patriotisme, mais il me semble que la France est merveilleusement propre à ce rôle. Dans l'histoire générale des législations, quel est le peuple qui n'a pas de rival pour le sentiment du droit et son mécanisme ? C'est le peuple romain; nous l'avons vu. Mais dans l'Europe moderne nous rencontrons trois peuples où le droit se développe avec énergie et de profondes différences, l'allemand, l'an-

glais et le français. Le génie allemand s'est surtout empreint de ce que le droit a de naïf et d'incertain sous la forme des mœurs dans le début d'une civilisation naissante; et puis, passant à l'autre extrémité, il s'est surtout préoccupé du droit philosophique élévé à ses plus hautes abstractions. L'anglais, au contraire, s'attache plus à la lettre de la loi qu'à son esprit, plus à la forme qu'à la pensée : son caractère est plutôt légal que juridique; on trouve plutôt chez lui l'observation superstitieuse de ce qu'il appelle des précédents, que le sentiment profond du droit. On a dit que le Français était le peuple sociable par excellence. Pourquoi? parce que, plus qu'aucun peuple moderne, il a la conscience de ce qui est réel, social et politique. Il n'a pas le caractère légal des Anglais, le caractère métaphysique des Allemands; mais il mêle ensemble ce qui est positif et abstrait, la spéculation et l'action, et en façonne la réalité. Frédéric Schlégel dit, dans son histoire, qu'après les Indiens, la nation allemande est le second peuple métaphysicien du monde. Je dirais volontiers qu'après les Romains, le Français est le mieux doté du sentiment du droit et de l'esprit juridique. Si l'Angleterre s'attache à la légalité, l'Allemagne à l'abstraction, nous sentons peut-être mieux le droit dans sa réalité, dans le mélange de philosophie et d'histoire qui le constitue. Quelquefois

notre vieux droit français peut soutenir la comparaison avec le droit romain. Les parlements, notre antique magistrature, sont une institution sans rivale dans l'Europe moderne, et servaient le droit et la justice avec autant d'autorité que le préteur et les jurisconsultes de Rome. Je ne compare pas des établissements si différents; mais je dis que, dans la vieille France, le droit était aussi vivace et aussi énergiquement représenté que dans l'ancienne Rome. Nous avons plus hérité que nous ne le pensons de cet esprit juridique de nos pères : il nous a suivis au milieu des innovations de la législation contemporaine; qu'il ne nous quitte pas dans les voies nouvelles où va s'engager la science.

APPENDICE.

AVERTISSEMENT.

Il entrait dans le plan de nos études de faire connaître par de longues analyses les deux histoires du droit qui représentent en Allemagne deux écoles rivales, et sont comme le dernier mot et la plus haute expression de cette partie de la science; consacrées, l'une au culte exclusif du dogmatisme philosophique, l'autre à la recherche également exclusive de la réalité historique. Ces fragments, qui ont déjà paru dans la *Revue française,* complètent l'introduction générale à l'histoire du droit. Avant de nous engager nous-même dans la carrière, il était nécessaire et loyal d'exposer l'esprit, la marche et les résultats principaux des deux histoires du droit qui avaient attiré notre attention.

Nos analyses sont longues et fidèles. Que si quelques-unes de nos critiques paraissent vives et tranchées, nous prions les deux savants auxquels elles s'adressent d'en considérer la franchise et la sincérité, comme un hommage rendu avec réflexion à la supériorité de leurs connaissances et de leurs talents.

APPENDICE.

DAS ERBRECHT

IN WELTGESCHICHTLICHER ENTWICKELUNG, ETC.

DU DROIT DE SUCCESSION

ER DE SES DÉVELOPPEMENTS

DANS L'HISTOIRE DU MONDE,

FRAGMENT

DE L'HISTOIRE UNIVERSELLE DU DROIT;

PAR ÉDOUARD GANS.

Premier et second volumes. — Berlin, 1824-25.

S'il est de la destinée de l'homme, en face de la nature et du monde moral, d'errer souvent dans ses jugements et dans ses vues, il dépend de sa volonté de diminuer par ses efforts les chances d'erreur semées autour de lui. Qu'il vienne, au spectacle qu'il se veut donner, la tête ferme et libre de système, avec un génie prompt, mais

qui pourtant sache attendre la vue même des choses, il verra aussi clairement qu'il peut voir, jugera aussi bien qu'il peut juger. Ce sont là les spéculations d'un Machiavel et d'un Montesquieu. Sans doute ils se sont trompés, et souvent, avec tout leur génie, ils n'ont fait que se payer d'éblouissantes illusions; mais enfin ils ont bien connu les devoirs et les limites de l'humaine nature; ne se mettant pas, eux et leurs idées, à la place de l'humanité, ils l'ont instruite par sa propre histoire, qu'ils lui ont voulu raconter sincèrement. Cette méthode, qui rallie aujourd'hui presque tous les esprits, conduit à la philosophie de l'histoire, science que notre siècle n'a pas trouvée, mais dont il a plus que tout autre l'intelligence et le goût. Étudier les faits, ne les élever à des formules générales qu'après un mur examen; raconter, puis conclure; attendre que les résultats de l'expérience confirment ou redressent les vues premières de l'esprit; n'arriver à la philosophie de l'histoire qu'après avoir chanté dans une vaste épopée les hommes et les choses; ne sacrifier le drame du monde à aucun système: voilà ce que nous demandons aujourd'hui à ceux qui s'offriront pour écrire l'histoire de l'humanité.

Il semble qu'avec cette disposition d'esprit, nous accueillerons avec peu de faveur ces génies inflexibles qui, avant d'observer les choses, ont

résolu de les accomoder à un système qu'ils ont prémédité, et de faire entrer le monde dans leur théorie. Ils ne tirent pas des faits et de l'histoire une philosophie; leur prétention est contraire; d'une philosophie qu'ils ont arrêtée d'avance, ils veulent abstraire l'histoire de l'humanité, et ne voir dans les faits que des expressions inévitables de leurs propres idées. Si cette audacieuse façon de faire mène moins que toute autre sur la trace de la vérité, les esprits qui se la permettent commandent l'attention et le respect, car presque toujours ils sont vigoureux et puissants. Ordinairement ce sont des métaphysiciens, quelquefois des poètes. Leur génie artiste, qu'il se manifeste par des abstractions intraitables ou des inspirations fougueuses, façonne les choses à son image, ne les voit plus que comme il les a faites, et laisse après lui une suite brillante d'erreurs qui étonnent l'esprit, l'ébranlent et le fécondent.

Ces réflexions, le livre de M. Gans nous les a suggérées. Il a écrit son *Histoire générale du droit de succession* sous l'inspiration d'idées philosophiques vivement empreintes de son esprit. L'histoire n'est pour lui que la preuve d'une théorie. Élève du célèbre professeur de philosophie de Berlin, M. Hegel, il a voulu importer les idées de son maître dans l'histoire du droit; mais ici quelques éclaircissements sont nécessaires.

En Allemagne, il y a plusieurs années, l'école historique, qui continue d'y fleurir, dans la science du droit n'avait point de contradicteurs; Thibaut, après la querelle sur les codes et la *codification*, avait suspendu toute polémique. Libre de se développer en paix, l'école historique n'agrandit pas assez ses vues et ses travaux; elle continua de concentrer ses efforts sur le droit romain et sur le droit allemand[1], se borna à des dissertations spéciales sur des points isolés, ne s'ingéra pas d'étudier les législations des autres peuples, et, de plus, eut le malheur de dédaigner et peut-être même de calomnier la philosophie du droit. Cependant le moment n'était-il pas venu, d'élargir et de changer ses études? Elle savait le droit romain et le droit national. Pourquoi ne pas s'élever de cette connaissance à l'examen des autres législations, ne pas les étudier, les comparer, ne pas parvenir à des notions universelles sur l'histoire du droit, et leur associer la philosophie qui serait sortie de la double inspection de l'homme et des peuples? En est-il donc dans les sciences comme en politique? Une école, comme un parti, ne peut-elle suffire qu'à une époque et à un mouvement?

---

[1] Le savant recueil de l'école historique, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, si riche en documents, témoigne de cette préoccupation exclusive.

Il faut en convenir, les jurisconsultes de l'école historique montraient, par leur méconnaissance de la philosophie, une ignorance vive de la nature des choses. C'était dans la science du droit, c'est-à-dire de ce qui est juste, légitime et obligatoire pour l'humanité, qu'ils omettaient la philosophie, c'est-à-dire la source de ce qui est juste et vrai. Ils étudiaient les législations, considéraient les formules et les théories, soit pratiquées, soit écrites chez différents peuples; et ils n'avaient pas la pensée de chercher la cause et l'esprit de ces appareils et de ces symboles. Inévitablement cette erreur devait être relevée, et la philosophie rappelée au sein de la jurisprudence.

Kant, après avoir, dans ses trois *critiques*, établi et confirmé le système qui changea la face de la philosophie moderne, avait, vers la fin du dernier siècle, tenté de jeter les fondements de la métaphysique du droit[1]. Nous ne voulons aujourd'hui ni les exposer ni les discuter. Remarquons seulement que les doctrines de Kant exercèrent sur l'histoire du droit peu d'influence. Elles passèrent, il est vrai, dans l'enseignement sous le nom de *droit naturel*, furent exprimées ou travesties dans une foule de *manuels*, d'*éléments*; mais, malgré cette propagation apparente, elles

[1] *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre.*

ne restèrent pas moins sans puissance véritable sur les études historiques. On écrivait l'histoire du droit sans s'embarrasser de la philosophie nouvelle; les jurisconsultes historiens semblaient ne la connaître que *pour mémoire*, et vaquaient à côté d'elle, avec une sécurité parfaite, à leurs affaires et à leurs idées.

Fichte vint après Kant porter la main sur la philosophie du droit[1]. Du haut de son idéalisme transcendental, de sa théorie du *moi*, il définit le droit, son principe et sa forme. Mais encore ici la science du droit et les jurisconsultes restèrent étrangers à ces hautes spéculations : le monde philosophique seul en fut ému.

On le voit, l'école historique vivait en paix dans son oubli de la philosophie. Elle s'inquiétait peu des méditations contradictoires inaccessibles à la foule, de Fichte et de Schelling, et des *manuels* innombrables du *droit naturel* qui inondent les universités allemandes. Ni le génie de ces penseurs, ni le cours routinier des études philosophiques, ne menaçaient la jurisprudence d'une commotion. Pour que l'école historique reçut une attaque, il fallait qu'un philosophe trouvât des disciples chez les jurisconsultes. Cela s'est

[1] *Gründlehre des Naturrechts nach Principium der Wissenschaftslehre*. Jena, 1796.

rencontré. Le philosophe est M. Hegel, et le disciple M. Gans[1].

M. Gans convenait bien, par la nature de son esprit et de son talent, au rôle d'agresseur. Jeune, ardent, spiritualiste enthousiaste, tête dogmatique, imagination forte, ce fut pour lui un vrai plaisir de rompre ouvertement avec l'école historique, et de lui témoigner son dédain. Dans la préface de son Histoire, il lui fait le procès sans ménagement; il lui reproche son ignorance absolue de toute philosophie; il l'accuse de ne tenir aucun compte de la raison et de la liberté de l'homme, de ne voir dans le droit qu'un enchaînement de coutumes et de mœurs, d'en bannir le principe intelligent et *divin*, et de sacrifier toujours le présent au passé. Il est temps, dit en substance M. Gans, de sortir de ces voies étroites et fausses, et de se rallier à une philosophie vivante, *concrète*, qui, ne reposant plus sur des abstractions vides, serve de centre et d'appui à toutes les sciences positives. Jusqu'ici la science du droit ne s'est pas assez ressentie de cette révolution philosophique. Cependant, dès le dernier siècle, Montesquieu avait donné un grand exemple. Il embrassa l'idée universelle de l'histoire,

---

[1] M. Gans s'était déjà fait connaître dans la science, avant la publication de son Histoire, par des Scholies sur Gaius et un Traité des Obligations.

et vit l'*esprit* des lois et des choses. De nos jours, trois jurisconsultes ont étudié largement la science, Grolman, Feuerbach et Thibaut; ils conçoivent la philosophie, et ne rétrécissent pas l'histoire. C'est ce que ne fait pas l'école historique, qui, toujours ensevelie dans un coin du monde, et ne s'élevant jamais, manque constamment l'idée universelle qui vivifie la réalité. Et cependant la science du droit est indépendante des formes, et ne doit s'arrêter ni à un pays, ni à une législation. Elle a deux faces: elle est un art, elle est une science. Comme art, elle préside aux intérêts positifs du pays, les règle et les modère. Comme science, elle est une partie de la philosophie, n'est ni allemande, ni romaine, détermine son étendue par la vérité même des choses, et non plus par la convenance et l'utilité d'un pays; et tantôt philosophique, tantôt historique, doit, pour être vraie, embrasser la nature complète de l'homme et l'histoire entière de l'humanité. Hegel a inspiré ce livre. Tout ce qui s'y peut trouver de substance et de valeur lui appartient.

Ces idées sont grandes et vraies. Oui, il y a dans l'histoire du droit et des législations, comme dans l'histoire des religions, des faits universels et absolus qui se reproduisent toujours et partout, qu'il faut reconnaître et distinguer de ce qui n'est dans les divers pays qu'accidentel et na-

tional, et dont il faut chercher l'expression et les formes dans les annales de tous les peuples. Voilà pourquoi écrire l'histoire universelle du droit est chose possible et juste, bien qu'effrayante; voilà pourquoi écrire l'histoire du droit sans critique philosophique est une entreprise peu rationnelle. D'accord avec M. Gans sur ces bases fondamentales, examinons maintenant son point de départ.

De son aveu, cet historien est arrivé à la considération de son sujet et au spectacle des choses, pénétré d'idées philosophiques qu'il tenait de son maître, et dont il a voulu trouver la représentation et la mise en scène dans l'histoire du monde. Ainsi, avant tout examen des faits, l'auteur a un système, et un système d'autant plus impérieux et difficile à manier qu'il n'en est ni l'inventeur ni le maître, et que ce système est pour lui comme une opération métaphysique dont il s'est chargé de faire la preuve par l'histoire. Les hommes de génie qui, jusqu'ici, ont tenté l'histoire universelle ne procédaient pas ainsi. C'était des choses elles-mêmes qu'ils faisaient sortir la philosophie; et puis tout leur appartenait, examen des faits et conclusion, récit et système, drame et métaphysique : si bien que dans leurs mains il se formait, des choses et des idées, un tout complexe et vivant. Ainsi Vico, dans la *Science nouvelle*, historien et philosophe tout ensemble, inrerroge les

faits, cherche leur langage, pénètre le symbole, raconte le mythe et révèle l'esprit. Alors vraiment le monde est pour lui comme la forêt enchantée du Tasse; tout y est mouvant et animé, tout y vit, tout y marche. C'est l'intelligence philosophique qui a tout vivifié; mais cette intelligence n'est sortie, qu'après un long travail, de l'obscure réalité. Tantôt il a fallu la tirer des ruines et des décombres du passé, tantôt la saisir sous les voiles les plus épais et au fond du sanctuaire, tantôt la deviner sous d'éclatants mensonges et de merveilleuses fantasmagories.

Tel est donc le point de départ de M. Gans, idées philosophiques précises et déterminées avant l'observation des faits. On comprend dès lors qu'on ne trouvera pas dans son livre une histoire véritable, mais des vues mises en saillie, des aperçus ingénieux et neufs poussés jusqu'à l'exagération, un dogmatisme fier et tranchant. Sous cette face, l'ouvrage de M. Gans est de la plus haute distinction.

Ce qui mérite d'abord notre attention, c'est le plan de l'auteur, qui a voulu satisfaire à la fois l'art et l'histoire. Il n'ouvre pas son livre par la vue des premiers temps et des premiers peuples; mais, prenant position dans le centre même des faits et de la réalité, il en fait sortir les développements de son récit. Ce centre est Rome. L'écrivain

commence par caractériser le monde romain. De là, il parcourt les temps et les peuples qui précèdent Rome, l'Inde, la Chine, la Judée et l'Arabie, arrive en Grèce, revient à Rome, et de Rome pénètre dans le monde moderne [1]. « Je me suis « placé, dit l'auteur, au sommet du Capitole, et « j'ai voulu, comme un autre Janus, considérer et « l'antiquité qui précède Rome, et les temps mo- « dernes qui la suivent. » Cette unité n'est pas factice. Rome est vraiment le centre de toute histoire du droit. Mais était-ce bien là le plan que les idées philosophiques embrassées par M. Gans commandaient ? Disciple d'une philosophie qui considère l'histoire, la réalité morale, comme réfléchissant les lois de l'intelligence humaine, comme soumise à des développements nécessaires et progressifs, à un ordre qui ne souffre pas de perturbation, devait-il commencer par autre chose que le commencement, abandonner dès le premier pas l'ordre *naturel*, pour s'aller placer, comme il parle lui-même, au sommet du Capitole, c'est-à-dire au sein d'une unité dont il doit à l'art seul le discernement et le choix ? La seule comparaison avec Hegel, qui, à la fin de son livre, trace à grands traits l'histoire du monde [2], ne condamne-t-elle pas cette méthode ? Chez Hegel

[1] Cette dernière partie n'a point encore paru.

[2] Hegel, §§ 341, 342, 343-360.

tout est nécessaire et successif, tout vient à son temps, dans son ordre.

M. Gans n'écrit pas une histoire universelle du droit, mais seulement un fragment sur le droit de succession considéré dans toute la suite de l'histoire du monde. Le droit de succession a son siége dans la dissolution de la famille, et sa forme dans les effets produits par cette dissolution dans la sphère des biens. Dans ce dernier acte des rapports de famille, les rapports sont en saillie plus que jamais. Le mariage, la paternité et la consanguinité font valoir leurs droits. Le testateur, qui a, de son vivant, un droit incontestable de propriétaire, veut l'étendre, après sa mort, au-delà du tombeau. Alors s'engage le combat de la volonté individuelle avec le corps de la famille. On n'entasserait que des abstractions, si on ne montrait pas les différents rapports de la famille, et la famille elle-même en présence et en contact avec le droit de succession. Or, s'il est vrai que le droit de famille participe en quelque chose du génie de chaque peuple, il devient nécessaire de montrer comment, dans le cercle du droit de succession, se meut l'esprit universel du monde. Voilà comment l'auteur est conduit à remonter aux idées les plus générales de l'histoire universelle. Suivons-le maintenant dans le fond des choses.

L'histoire de chaque peuple a pour fondement une idée nécessaire[1] qui constitue la vie de la nation et anime le corps social dans toutes ses parties. Cette idée, cet esprit de chaque peuple, se reproduit dans toutes les phases de sa civilisation. Il est donc inévitable de retrouver, dans le cercle du droit de succession chez les Romains, le génie de Rome même. Qu'est-ce donc que Rome? Qu'est-ce que le droit romain?

Le génie romain est un mélange du génie oriental et du génie grec. L'Orient repose immobile dans son unité indéfinie, qui absorbe et contient tout, religion, mœurs, lois, constitution, et n'a jamais permis à la liberté de l'individu non-seulement de se développer, mais même de poindre et de naître : c'est l'idée de substance et de nécessité, réalisée dans l'histoire. Dans la Grèce, au contraire, point d'unité indéfinie et universelle, la variété y respire. C'est le monde de la liberté qu'il ne faut pas prendre cependant pour une volonté toujours arbitraire et livrée à elle-même ; non, au fond de la liberté grecque vit une unité précise et déterminée qui en est la règle, le type,

---

[1] Hegel, § 344. Cette nécessité dont parle Hegel n'est point une nécessité sans raison et sans intelligence, ni une aveugle fatalité : c'est, dans la pensée de ce philosophe, un principe vivant, une des formes de la raison divine.

l'*idée* [1]. Rome reçoit dans son sein ces deux esprits de l'Orient et de la Grèce, et les y réunit pour qu'ils s'y livrent un opiniâtre et continuel combat. Son aristocratie puissante, qu'elle soit étrusque ou qu'elle ait toute autre source italique, qui tient sous son patronage la religion, les mœurs et le droit, qui se vante de descendre des dieux, et qui prend la cosmologie pour un de ses titres de noblesse, a toute l'immobilité de l'Orient et sa majestueuse tranquillité. Devant elle s'agite le principe mouvant et actif qui constitue la démocratie et la liberté telles que l'antiquité les connaît. La guerre que se font ces deux principes est constante. L'histoire romaine n'est autre chose que l'opposition de la nécessité et de la liberté, opposition qui se représente par la lutte des patriciens et des plébéiens.

Or, tout combat et toute discorde ramènent nécessairement à la paix et à l'unité. Dans l'histoire de Rome, l'unité qui reparaît est la monarchie, où la force des deux principes qui animaient la république est éteinte, où l'élément aristocratique et l'élément démocratique languissent ensemble. Les deux principes ne se confondent pas, ils meurent chacun de son côté. La fin de leur

---

[1] Voyez Hegel, § 356, p. 352.

lutte est une décadence complète. Faiblesse intérieure de l'empire, despotisme qui se proclame au-dessus des lois, conspirations continuelles à la cour et à l'armée, indifférence du peuple pour les plus grands intérêts, avarice et avidité mercenaire dans les spéculations privées, abandon complet de la vie publique, culture exclusive du droit civil, voilà les signes de cette décadence, du sein de laquelle s'est élevé le christianisme et ont commencé les temps modernes.

De l'histoire allons au droit. Dans le droit, comme dans la religion, dans l'art et dans la science, l'élément constitutif de la vie d'un peuple doit se manisfester. Ainsi le droit romain représentera l'opposition du principe plébéien et du principe patricien, non que cette opposition y puisse être expresse et littérale, pour ainsi dire : un peuple ne se se réfléchit jamais lui-même à ce point ; mais elle animera réellement les formes et les théories.

Ainsi ces deux principes, le principe de la nécessité naturelle et objective, c'est-à-dire extérieure, et le principe de la personnalité libre et subjective, c'es-à-dire intérieure, l'un sous la forme de l'aristocratie, l'autre sous celle de la démocratie, se reproduisent dans ce que le droit romain appelle *strictum jus;* et ce qu'il qualifie de *bonum* et *œquum,* le droit étroit (*strictum jus*), et

l'équité (*bonum* et *æquum*, *arbitrium*), ont des racines philosophiques et des formes romaines.

Même opposition dans la théorie des obligations [1], ainsi que dans les actions de bonne foi et les actions de droit étroit, *actiones bonæ fidei*, *judicia stricti juris*.

Le même antagonisme se révèle encore dans la grande division du droit en droit civil proprement dit, *jus civile*, et droit des gens, *jus gentium*. C'est là le dualisme perpétuel de la nécessité et de la liberté, de l'aristocratie et de la démocratie, à travers toute la législation romaine.

Entrons dans la famille. La famille est une petite image de l'état. On doit y retrouver ses caractères fondamentaux. Elle a sa source dans le mariage, et le mariage reproduit l'opposition des deux principes. Cette institution à Rome avait deux faces, l'une de dépendance absolue, l'autre de liberté déterminée. Sous la première, la femme tombait entièrement au pouvoir de son mari : *in manum conveniebat* [2]. Elle n'était pas sa compagne, ne s'associait pas à la dignité et à la liberté de son existence: dans une sujétion entière, elle était assimilée à sa propre fille [3], n'était que la sœur

---

[1] Voyez le Traité des Obligations, de M. Gans.

[2] Ulp., Fragm. 9, § 1; 22, § 14; 23, § 3. — Gaius, comm. 1, § 108-116.

[3] Gaius, Comm. 1, § 114.

de ses enfants; comme ses enfants n'avaient et n'acquéraient rien qui ne fût à leur père, de même, elle ne possédait que pour son mari, elle était comme un meuble dans la maison. Le père de famille attirait à lui toute la personnalité. C'est la vie orientale, c'est le principe de substance et de nécessité, c'est l'aristocratie. Mais il est un autre mariage [1], où la liberté paraît: alors la femme a une existence personnelle, est l'égale du mari. Ce n'est certes pas l'égalité connue des modernes, cette communauté de destinée, et partant de biens, confirmée et consacrée chez les nations germaniques par le christianisme; non, mais enfin la femme se place à côté du mari avec le rang et la dignité d'épouse et de mère.

La puissance paternelle réalise également la nécessité. La liberté se fait jour par l'émancipation, et successivement multiplie ses conquêtes. Le fils devient propriétaire d'une partie de ce qu'il possède (*peculium castrense*, *peculia adventitia*). Il n'est plus arbitrairement ni condamné à mort, ni vendu par son père.

Passons aux choses. Elles se partageaient à Rome en *res mancipi* et *res nec mancipi* [2]. Cette

---

[1] Voyez *de Nuptiis*, Gaius, Justinien, et les différents jurisconsultes.

[2] Ulp, Fragm. 19, § 1 : « Omnes res aut mancipi sunt, aut nec

division reposait sur l'opposition de ce qui était romain et national d'avec ce qui était libre et humain. C'est encore l'antagonisme des deux principes. Même chose dans le domaine quiritaire et le domaine *in bonis*[1]; enfin, dans les façons d'acquérir la propriété, où la mancipation, la cession *in jure*, et l'usucapion participent de la nécessité, où l'occupation et la tradition participent de la liberté.

Voilà donc le monde romain caractérisé. Qui l'a précédé? L'Orient et la Grèce. Mais l'Orient subsiste encore aujourd'hui; plusieurs même de ses institutions et de ses formes naquirent après la ruine ou pendant la décadence de Rome. L'Indou vit encore avec sa foi et son culte, soumis aux lois de Menou, altérées, il est vrai, par maint commentaire. Les lois mosaïques se pra-

---

« mancipi. Mancipi res sunt prædia in italico solo; tam rustica, « qualis est fundus, quam urbana, qualis est domus; item jura « prædiorum rusticorum, velut via, iter, actus, aquæductus; « item servi et quadrupedes, quæ collo dorsove domantur, velut « boves, muli, equi, asini. Ceteræ res nec mancipi sunt. Elephanti « et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec mancipi sunt, « quoniam bestiarum numero sunt. »

[1] M. Gans reconnaît qu'il n'y a pas une correspondance toujours exacte entre les choses *mancipi* et le domaine quiritaire, les choses *nec mancipi* et le domaine *in bonis;* mais il fait remarquer qu'il ne s'attache pas tant aux détails et aux rapports extérieurs qu'au caractère fondamental de la propriété romaine.

tiquent en plusieurs pays. Le droit du Talmud et la loi du Coran jetaient leur éclat dans un temps où le droit romain, survivant à sa gloire, réagissait sourdement contre ces deux législations. Les lois de la Chine, quelque vieilles qu'elles soient, ont reçu de la nouvelle dynastie Mantschu une rédaction encore en vigueur aujourd'hui. Dirons-nous donc que tout cela a précédé Rome? Oui, car l'Asie est une exception dans l'histoire. Le temps n'a pas eu sur elle d'influence véritable. « Toujours immobile, elle n'est pas dans le temps, « et ne vit que dans l'espace, image et histoire de « la nature. » On peut, on doit donc prendre l'Orient, à travers les siècles, comme un corps toujours homogène, qui ne change pas.

Maintenant arrive cette grande question : Qu'est-ce que le droit oriental? Si l'on s'arrête aux apparences, on peut croire en Asie à l'existence véritable du droit, comme a fait Anquetil du Perron dans sa *Législation orientale*. En effet, on y trouve la propriété, les contrats, les délits et les peines, la famille et l'état. Mais quand on interroge sévèrement chacun des éléments de cette législation, on ne leur trouve aucune précision, et pour ainsi dire aucune substance. Ils disparaissent et s'évanouissent les uns dans les autres, jusqu'à ce qu'enfin ils tombent dans une unité qui les absorbe. Ainsi le droit de l'individu disparaît dans

la famille, la famille dans l'état, l'état dans le prince[1].

C'est d'après cette spéculation et en ce sens qu'on peut dire qu'en Asie il n'y a pas de droit. En Europe, le droit positif et ses éléments se rapportent bien à l'état; mais l'état ne tend pas à les éteindre et à les anéantir : d'ailleurs ils subsistent par eux-mêmes, ont une valeur qui leur est propre. En Asie, au contraire, la législation civile, la propriété et les contrats, la famille et les mœurs domestiques, sont sans droit et sans défense contre l'état qui les tient sous sa main; ils ne se sauvent parfois qu'à la faveur de son indifférence, semblables aux débiles créatures du monde naturel, qui vivent en paix tant qu'elles n'en rencontrent pas de plus fortes et de plus puissantes. Mais au-dessus de l'état plane la religion, non pour s'y opposer, mais pour le consacrer. La religion communique au droit la valeur qu'il ne trouverait pas en lui-même. Ce n'est pas le droit qui fait la loi, c'est elle, et le droit n'est honoré par l'état qu'autant qu'il se puise et se sanctionne dans la religion. Ainsi, il est naturel que les formes du droit en Asie soient pauvres. Rien d'intelligent. Ainsi, en Chine, la législation s'égare dans les plus chétives minuties; et puis,

[1] Voyez Hegel, § 355.

point de théories civiles; tout y est criminel, toutes les prescriptions de la loi sont armées de pénalités meurtrières, et la différence du grand et du petit bambou est l'unique distinction qui partage la science.

Évoquons du droit oriental les législations indienne, chinoise, mosaïque et musulmane. Ce sont elles surtout qui le représentent et le constituent.

Voilà pour l'auteur le passage périlleux. De la hauteur du dogmatisme, il faut enfin descendre aux faits particuliers, à une matière spéciale d'une législation spéciale, entrer dans l'histoire, la respecter, et cependant lui arracher la justification de ses théories. Comment l'écrivain a-t-il procédé? Dans quatre chapitres, il expose le droit de succession chez les quatre nations qu'il a choisies comme représentant l'Asie; puis il développe à part le principe qui les caractérise.

Nous ne sommes point orientalistes, et ne saurions en aucune façon apprécier l'érudition que déploie M. Gans. C'est aux hommes qui savent l'Orient à la juger. Nous ne pouvons qu'indiquer ici l'impression que son livre nous a laissée sur ce point.

Dès les premiers pas, on se heurte contre une difficulté. Il est vrai qu'en Orient, et surtout dans l'Inde, le temps a eu moins d'influence que par-

tout ailleurs. Beaucoup l'ont vu, et l'ont écrit, entre autres Robertson dans ses judicieuses *recherches* sur la connaissance que les anciens avaient de l'Inde. « Nous devons remarquer, dit-il, « une singularité frappante dans l'état de l'Inde, « la permanence de ses institutions et l'immuta- « bilité dans les mœurs de ses habitants. Ce qui « existe aujourd'hui dans l'Inde y fut toujours, « et y continuera vraisemblablement ; la violence « féroce et le fanatisme effréné de ses conqué- « rants mahométans ; la puissance des Européens « ses maîtres, n'ont opéré aucune altération con- « sidérable. Les distinctions de condition, les « règlements dans la société civile et domestique « sont les mêmes ; les mêmes maximes de la re- « ligion sont l'objet de leur vénération, et ils « cultivent les mêmes sciences et les mêmes arts[1] » Il est évident que cette observation de Robertson est le même fait que M. Gans a exagéré en l'élevant à cette formule : « Toujours immobile, l'Asie « n'est pas dans le temps, et ne vit que dans l'es- « pace. » Mais enfin cette inaction du temps sur l'Inde n'est pas et ne peut être absolue. Il y a eu des changements insensibles et lents, mais réels et perceptibles. Nommez-les, à votre choix, altérations ou progrès ; mais tenez-en compte, et

---

[1] Robertson, Recherches sur l'Inde. Édit. de 1792, p. 356.

n'éludez pas une des obligations les plus sérieuses de l'historien, la distinction des temps, des passages, des métamorphoses et des transformations dans les institutions et les mœurs. Dans son exposé de la législation des Hindous, M. Gans mérite ce reproche. Tout en convenant que les lois de Menou ont subi des altérations fréquentes, il les prend constamment pour base de son exposition, et il les confond et les accole avec le code des Gentoux, tel qu'il a été rédigé dans le dernier siècle, sous l'autorité de la compagnie anglaise. Quelle époque a voulu peindre M. Gans? dans quel temps sommes-nous avec lui? Le recueil sacré des lois de *Menou* ou *Manou* est de la plus haute antiquité. Après les *Vedas*, de toutes les sources la plus primitive, les *Pouranas*, et les grands poèmes épiques et historiques, le *Ramayana* et le *Mahabharat*, les lois de Menou sont la source la plus antique[1] tandis que le code des Gentoux, rédigé au dernier siècle, n'est que l'expression un peu suspecte de la pratique de nos jours. Qui comblera l'intervalle? Ne s'est-il rien passé près du Gange entre les créations de Brahma et l'arrivée des matelots anglais? Cette suppression du temps se conçoit dans les affirmations de la philosophie et les conclusions générales de l'his-

[1] Voyez la Symbolique de Creuzer, traduite par M. Guignaut, t. I, 2[e] part., p. 570 574.

toire; mais, dans l'observation des faits particuliers, on ne saurait l'excuser.

Nous avons sous les yeux le code des Gentoux. Le droit de succession, tel qu'il y est exposé, est plein de sens et de raison, et se trouve souvent en rapport avec nos idées et nos mœurs : nous y voyons les successions déférées aux descendants suivant l'ordre naturel; à défaut de descendants, la succession passe aux ascendants les plus proches; à défaut de ces derniers, à la ligne collatérale. A côté de cette succession *ab intestat* nous lisons des dispositions nombreuses sur le partage que peut faire un père à ses fils tant de la propriété qu'il a gagnée par son industrie que de la propriété que lui ont laissée son père et son grand-père; dispositions qui consacrent l'égalité des partages, et que nous, Européens, devons trouver fort raisonnables. Enfin, après le partage, nous rencontrerons la doctrine de la communauté des biens ainsi établie :

« Si, après la mort du père, tous les frères « d'une même famille, de leur propre choix, vi« vent ensemble, le frère aîné, prenant le com« mandement de la famille, fera, à la manière « d'un père, tous ses efforts pour entretenir et « élever ses enfants cadets; les frères cadets, de « leur côté, considérant leur aîné comme un père « et un protecteur, tâcheront de lui plaire.

« Si le frère aîné n'est pas propre à administrer « les affaires, celui qui aura assez de capacité se « chargera de ce fardeau, et gouvernera la famille.

« *Vivre ensemble est le résultat du consentement « général de tous les membres d'une communauté, « et se séparer est l'effet de l'inclination de quel- « qu'un d'eux.* Si donc, en conséquence de l'in- « clination de l'un d'eux, ils se séparent, et « partagent la masse commune des fonds, on pré- « lèvera la part de celui qui est absent et de celui « qui est enfant, et on la déposera en quelque « endroit sûr, afin qu'elle ne puisse ni se perdre « ni se diminuer[1]. »

Voilà des lois qui respirent la liberté, et manifestent des progrès véritables dans les transactions civiles.

Mais, dans le livre de M. Gans, où elles sont mentionnées, elles ne sont pas seules. Elles se trouvent mêlées à des formes et à des idées empreintes d'un autre caractère. La parenté chez les Hindous est double : il y a la parenté des *Sapindas*, ou la parenté des hommes dont le lien est le sacrifice funèbre; il y a en outre la parenté des *Samanodacas*, dont le lien est de communes libations, et qui cesse quand le souvenir d'une commune origine s'éteint. Voilà quelque chose

[1] Code des Gentoux, sect. 12.

qui semblerait se rapprocher un peu des formes antiques de la famille romaine. Mais ce n'est pas tout : « Ne bornant pas à la vie des parents les « obligations filiales, la morale religieuse exige « encore que les enfants, révérant leurs mânes, « s'acquittent d'actes solennels de religion pour le « repos de leur âme...... Ces obligations exigées « envers les grands parents sont les mêmes à « l'égard d'un oncle, d'une tante, ou d'un frère « aîné[1]. » Voilà un devoir religieux imposé à la famille. Mais quel est le rapport de cette double parenté des Hindous avec la succession telle que nous l'avons vue dans le code des Gentoux? M. Gans ne le dit pas. Quel est surtout le lien de ces préceptes de la religion avec la législation civile? M. Gans affirme que l'obligation du sacrifice funèbre est la raison et le principe du droit de succession; mais, nous lui en demandons pardon, il ne les démontre ni dans son exposition, ni dans ses considérations générales, qu'il isole des faits, et où il ne présente plus la succession chez les Hindous que comme une formule religieuse où viennent se perdre les droits et la liberté de l'individu. Cependant ce que nous avons vu semble témoigner du contraire. Le droit, la liberté, l'élément rationnel et juridique, ne se prononcent-ils

[1] Polier, Mythologie des Hindous, t. II, p. 550, 551.

pas assez vivement, loin de disparaître dans la religion? Peut-être néanmoins y a-t-il une hiérarchie entre ces principes divers; et puis les prescriptions religieuses ont pu perdre de leur empire devant les obligations civiles. Que savons-nous, enfin? Mais toujours, après avoir lu M. Gans, on n'est pas édifié; et de cet assemblage de principes discordants que rien ne concilie, d'affirmations que rien ne confirme, on ne recueille que doute et incertitude[1].

Il faut tout étudier, mais on ne saurait tout écrire. Nous n'engagerons pas nos lecteurs dans

[1] Il nous semble que M. Gans s'est trompé en pensant que le droit de succession était et pouvait être soumis aussi étroitement que le mariage à la religion. Le mariage chez tous les peuples s'est toujours appuyé sur une idée religieuse, et a toujours été à la fois un symbole et un contrat, tandis que le droit de succession, à mesure que la vie civile se perfectionne, se détache progressivement de la sanction religieuse, et parvient à s'en réparer tout-à-fait. Chez les Hindous, le mariage a et a toujours eu huit formes, Brahma, Daiva, Rishis ou Arscha, Asura, Grandharva, Prajapatia, Racshasa, Paisacha. Les quatre premières, où le père donne lui-même sa fille, sont saintes et honorées : de ces mariages naissent les fils savants beaux et glorieux. Les quatre autres formes, où la fantaisie, l'amour, la séduction ou des fautes irréparables amènent le mariage, sont tristes et mensongères : de là les fils que le Veda rejette. Que tout cela se soit conservé, on le conçoit : le mariage est naturellement le théâtre de la sanction religieuse.

Remarquons aussi que M. Gans a fait son exposition du droit des Hindous, sans avoir sous les yeux le grand ouvrage de Colebrooke, *Digest of Hindu law, etc.* Il déclare que tous ses efforts pour se le procurer ont été infructueux.

le détail de la succession chez les trois autres peuples; mais nous mettrons en relief les traits saillants par lesquels M. Gans les caractérise.

En Chine, le principe de l'empire c'est la famille. Le prince est un père de famille, le père de famille est roi. Un despotisme sans génie comme sans borne, enlace la famille et l'état, où tout est soumis à une servile égalité. Il n'y a point, comme dans l'Inde, de ces castes puissantes qui rencontrent le despotisme et le limitent. La religion elle-même manque d'indépendance, l'art de liberté, partant d'inspiration, et est asservi à l'industrie; la morale n'est représentée que par la loi; et la loi n'est qu'une pénalité continuelle, sans principes et sans entrailles.

Le mariage n'a qu'une forme, la vente (*coemtio*); le consentement des parties contractantes n'est pas nécessaire, et la volonté des parents suffit. Confinée dans l'intérieur de la maison, la femme est plutôt la servante que la compagne du mari. Le divorce est permis pour des causes déterminées [1].

---

[1] Nous lisons dans Grosier, édition de 1819, t. V, p. 43, 44: « Le divorce est permis à la Chine comme il le fut chez tous les « peuples anciens, mais avec moins de facilité, et seulement pour « sept causes déterminées, qui sont: 1° la désobéissance habituelle « et absolue; 2° la stérilité; 3° l'adultère; 4° la jalousie (il s'agit « ici d'une jalousie excessive qui porterait la femme légitime à ne « pas vouloir permettre que son mari, autorisé par l'usage, prît

La puissance paternelle est absolue, le père a le droit de vendre son fils et sa fille. L'adoption est autorisée par la loi. Après la mort du père et de la mère, le fils aîné succède à la puissance du père sur ses autres frères.

Quant au droit de succession même, dont les sources sont fort pauvres, M. Gans rencontre un empêchement sérieux à ses principes et à ses assertions. Beaucoup d'autres ont écrit qu'il y avait en Chine faculté entière et absolue de tester. Grosier, entre autres, dit expressément : « Le testa« ment d'un père est irréfragable; nul défaut de « forme ne peut y porter atteinte[1]. » Notre historien nie vivement le fait; il trouve qu'il y aurait une grande invraisemblance à surprendre au sein de la vie et de l'unité orientale une manifestation aussi énergique de la liberté de l'individu. Croire à la faculté de tester sous le despotisme chinois, c'est, selon lui, méconnaître la nature des cho-

« une seconde femme, et qui en viendrait à quelque éclat scanda« leux); 5° des maladies qui excitent l'horreur et se communi« quent, telles que la lèpre, l'épilepsie et autres maladies; 6° l'excès « du babil (on veut seulement parler ici du dangereux caquet des « femmes qui, par de faux rapports, des médisances secrètes, ou « par de perfides et insidieuses confidences, mettraient le trouble « dans la maison, altéreraient l'union de la famille et la divise« raient); 7° le vol. Ce dernier motif n'est admis que quand l'é« pouse vole son mari pour enrichir sa famille. » Mais cette loi est sujette à plusieurs exceptions que cite Grosier.

[1] Grosier, t. V, p. 50.

ses. Ce qui est vrai, c'est qu'en Chine, comme dans les autres parties de l'Orient, il est dans les mœurs que le père mourant règle sa maison, et laisse à sa famille l'expression d'une volonté dernière, qui n'est pas la contradiction de l'ordre établi, mais la reconnaissance et la confirmation de ce qui est dans les lois et dans les mœurs. Voilà le testament chinois.

La succession *ab intestat* est fort simple. A la mort du père et de la mère, le fils aîné entre en possession de tous les biens et de la puissance paternelle sur ses frères. Cependant ils sont libres de se séparer ou de rester dans la maison. En cas de séparation, l'aîné est obligé de leur donner une portion des biens qu'a laissés le père, égale à celle qu'il garde pour lui-même. C'est une vertu et un mérite de ne pas dissoudre la famille et de ne pas abandonner le foyer paternel. Mais remarquons que l'homme est libre de demeurer ou de partir.

Nous avons été frappé de la différence de ton et de méthode quand M. Gans arrive à la Judée, et à ce qu'il appelle le droit de Moïse et du Talmud. On sent qu'il est plus à son aise. Juif, né au sein de la religion et de la langue hébraïque, hébraïsant même, il lui est facile d'être net et de ne pas manquer à l'analyse historique. Aussi cette fois distingue-t-il avec soin les temps et les chan-

gements qu'ils ont apportés. Les lois de Moïse sont profondément séparées du Talmud. Les dissemblances sont notées, décrites, expliquées. Là on sent que le temps a marché.

Il y a deux peuples hébreux, le peuple de Moïse et le peuple soumis au Talmud. La loi de Moïse est une des expressions les plus hautes du monde oriental ; le Talmud, tout en ayant sa base en Asie, semble flotter souvent entre les principes de l'Orient et les idées de l'Europe.

Nous ne saurions vouloir ici exposer la législation hébraïque : elle est connue généralement; les livres saints la contiennent, et plusieurs travaux modernes l'ont exposée avec une clarté assez méthodique. Donnons seulement les conclusions de M. Gans.

Pendant que, dans l'Inde, la famille sans existence individuelle se perd dans le panthéisme religieux, en Chine, n'est qu'une représentation de l'état et de son despotisme, sous la loi de Moïse elle se développe et tend à l'indépendance : c'est que la théocratie y est empreinte d'un autre caractère, et n'est pas, comme dans l'Inde, un panthéisme inépuisable qui se reproduit sous toutes les formes et dans toutes les proportions. Ainsi, pour les Hébreux, la nature est bien divine, car elle sort des mains de Dieu, mais elle n'est pas Dieu même; et la création, ce tabernacle di-

vin, se distingue profondément de son auteur. De même, les institutions sont divines, parce qu'elles viennent de Dieu, mais elles ne le sont pas à ce titre qu'elles seraient autant de formes divines toujours immobiles. Voilà pourquoi la famille hébraïque, sous l'empreinte de la théocratie, a un caractère individuel et humain; sous la main de Dieu elle a une sphère de liberté et d'indépendance.

Chez les Arabes[1], l'émancipation et l'indépendance de la famille sont encore plus nettes et plus vives; on n'y trouve point la trace des formes divines et théocratiques. L'Arabe, uniquement occupé de faire prévaloir par la force le règne de Dieu et de la vérité, animé d'un enthousiasme chevaleresque pour la foi de Mahomet, est plein d'indifférence pour l'ordre naturel de la famille et les droits de la patrie. A ses yeux, le vrai croyant qui abandonne sa parenté et s'en va combattre pour la cause de Dieu, celui-là est le parent le plus proche : aussi l'Arabe du moyen âge est-il affranchi plus que tout autre des liens de famille; il marche libre dans la vie, et n'a

[1] Ici encore M. Gans distingue avec soin les temps et les époques, les sources primitives, des commentaires de la science. Les détails qu'il donne sur la jurisprudence des Arabes sont curieux; elle est fort subtile et fort raffinée, et le droit de succession sous la plume des jurisconsultes en est une des parties les plus compliquées.

qu'une affaire, le fanatisme et son triomphe.

Le droit de succession, tel que le Coran l'indique, est la conséquence naturelle de cette liberté inconnue à tout autre peuple de l'Orient. Dans la succession testamentaire, on trouve la faculté de disposer du tiers des biens. Dans la succession *ab intestat*, l'indifférence pour les liens de la famille est sensible : le plus éloigné est appelé comme le plus proche, et il n'y a pour les enfants point de droit de représentation.

L'Arabie est le dernier pays que visite en Asie notre historien; il passe en Grèce, sans avoir parcouru la Perse, qu'il se contente de saluer, en passant, par quelques mots fort vagues. N'avait-il pas de place dans ses catégories pour le monde d'Iran?

Nous arrivons dans un autre univers : de l'Orient, où tout est enveloppé et contenu dans l'unité de la religion, nous passons au monde où l'humanité se développe et naît à la liberté, c'est-à-dire en Grèce. Là tout commence à s'abstraire et à se distinguer; la variété sort de l'unité, s'épanouit et s'éparpille, pour ainsi parler, et elle se répand sous la forme de la beauté et dans les proportions de l'art : l'art est le caractère de la Grèce.

Sur la Grèce et l'origine de sa civilisation deux opinions se font la guerre : les uns veulent que la

Grèce ne soit qu'une manifestation extérieure du monde oriental; que le mythe, le droit, la science et l'art, aient commencé à se former à l'école de l'Asie. Les autres rejettent pour la Grèce une semblable dépendance; à leurs yeux, elle est originale et ne doit rien qu'à elle-même. La vérité se trouve entre ces deux thèses. La Grèce descend véritablement de l'Orient, elle y a sa racine; mais dans ses développements, elle se sépare tout-à-fait de ce dont elle dérive, et sa parenté n'est point un obstacle à son entière originalité.

La Grèce a, dans le nombre de ses villes et de ses républiques, une cité qui en est comme la tête et la fleur : c'est Athènes, où elle reluit dans tout son éclat, se recueille et se résume dans toute sa force. Aussi prendrons-nous Athènes pour l'expression de la Grèce, le droit athénien pour l'expression du droit grec, comme on pourrait prendre la science et l'art d'Athènes pour l'expression de la science et de l'art de la Grèce.

Dès le berceau de la législation grecque, on saisit une analogie avec le droit oriental. Comme, dans l'Orient, le droit découlait de la religion, ou plutôt s'absorbait dans son sein, de même, dans l'enfance de la Grèce, la législation sortit de la religion, des temples et des mystères. Le caractère de la religion grecque est la personnalité donnée à Dieu, et la forme humaine imprimée à la divi-

nité; c'est l'anthropomorphisme. Il y eut beaucoup de dieux, partant beaucoup de législateurs. Ce n'est plus l'immobilité divine et toujours identique de l'Orient : c'est la variété humaine. Ouvrez les lois de Platon, vous y verrez la multiplicité de ces dieux législateurs. « *L'Athénien.* Étran-
« ger, quel est celui qui passe chez vous pour le
« premier auteur de vos lois ? est-ce un Dieu ?
« est-ce un homme ? *Clinias.* Étranger, c'est un
« Dieu ; nous ne pouvons, avec justice, accorder
« ce titre à d'autres qu'à un Dieu. Ici, nous re-
« connaissons Jupiter pour notre législateur ; à
« Lacédémone, patrie de Mégille, je crois qu'on
« dit la même chose d'Apollon. N'est-il pas vrai ?
« *Mégille.* Oui. *L'Athénien.* Racontez-vous le fait
« comme Homère, qui dit que tous les neuf ans
« Minos allait régulièrement s'entretenir avec Ju-
« piter son père, dont il dicta les réponses, comme
« autant de lois, aux villes de Crète ? *Clinias.* Telle
« est, en effet, la tradition reçue chez nous. On y
« dit aussi que Rhadamanthe, son frère, dont le
« nom ne vous est sans doute pas inconnu, fut le
« plus juste des hommes ; et nous croyons, nous
« autres Crétois, qu'il a mérité cet éloge par son
« intégrité dans l'administration de la justice.
« *L'Athénien.* Une louange de cette nature est bien
« glorieuse, et convient parfaitement à un fils de

« Jupiter [1] ». Ainsi, les dieux législateurs de la Grèce sont divers, appartiennent à tel pays, telle nation, et non-seulement ont passé dans l'humanité, mais encore dans la patrie.

Quand, plus tard, le droit se sépara de la religion et se précisa dans son isolement et son indépendance, quel fut son caractère distinctif? La vie grecque était toute publique ; le Grec était surtout citoyen, et les affaires de la vie civile se laissaient aux esclaves ; si bien que la cité et le droit étaient unis intimement : de façon que c'est bien désigner le droit grec de l'appeler un droit public, et exclusivement public. Il n'y avait pas de différence nettement tracée entre le droit public et le droit civil; cette opposition de la vie publique et de la vie privée, qui est un des caractères du monde romain, ne pouvait se produire au sein de la civilisation grecque, si extérieure, si ouverte, si épanouie. Là où l'application de la loi était remise à des juges pris dans toutes les classes de citoyens [2], impossible de trouver les définitions réfléchies et l'artifice compliqué de la science. Quelle est la source la plus vive qui nous reste du droit athénien? les orateurs; preuve

---

[1] Traduction de Grou.

[2] Politique d'Aristote, livre 2, chapitre 9, § 2 (traduction de M. Thurot.)

éclatante de la confusion des rapports publics et des rapports privés, confusion où ces derniers disparaissaient.

Apprécions rapidement le mariage, la puissance paternelle, et la parenté, chez les Athéniens[1]. Dès l'abord, l'union, ou plutôt l'identité du droit public et du droit privé, se manifeste dans le mariage; le mariage est un institut purement athénien, et n'est permis qu'entre un citoyen et une Athénienne. La confiscation et l'infamie punissaient l'homme qui en trompait un autre en lui faisant épouser comme citoyenne une femme étrangère. Le second caractère du mariage athénien, qui le distingue du mariage oriental, c'est la monogamie. Déjà en Égypte, dont la civilisation est si confuse et si complexe, où l'unité enveloppée et infinie de l'Orient semble vouloir se transformer peu à peu en variété et en liberté, transformation dont la Grèce fut le théâtre, le principe de la monogamie se précise plus qu'en aucune contrée de l'Asie. Il y a divergence entre Hérodote et Diodore : le premier soumet tous les Égyptiens à la monogamie, tandis que Diodore

[1] M. Gans, dans son exposition du droit attique, a eu l'avantage de s'appuyer sur les excellents ouvrages que l'Allemagne a produits en cette matière, sur les travaux de Hüllmann, de Platner, de Bunsen, de Meier, de Heffter. Jusqu'à présent, nous n'avons en France à notre disposition que l'étude des sources, de Samuel Petit, et l'Histoire de la législation, de M. Pastoret.

n'en fait une obligation que pour les prêtres, et raconte qu'à l'égard des autres Égyptiens la pluralité des femmes est illimitée. Cécrops apporta dans l'Attique les mœurs de l'Égypte; et la monogamie, si bien en rapport avec la liberté et la démocratie grecque, y prit naturellement sa place. Elle reçut bien quelques atteintes de la facilité athénienne, les concubines vinrent souvent se placer auprès de la femme légitime, et même on put avoir deux femmes, licence dont, au rapport de plusieurs, usa Socrate. La seule formalité du mariage était la délivrance d'une caution et la dot[1]. Nous ne parlerons ici ni de sa constitution, ni des cas où elle est reversible.

La puissance paternelle s'instituait de trois façons : par le mariage, la légitimation, et l'adoption. Elle fut fort adoucie par Solon, qui ne permit au père ou au frère de vendre sa fille ou sa sœur que dans le cas ou elles s'étaient laissé corrompre avant d'être mariées. Ce qui caractérise la puissance paternelle à Athènes, c'est qu'elle était plutôt un droit moral de réprimer et de punir, qu'un droit de propriétaire sur l'enfant. Ainsi le

[1] Voyez Isée, Discours sur l'hérédité de Pyrrhus. Samuel Petit, et Bunsen, après lui, ont fort bien remarqué que la loi de Solon, qui, d'après Plutarque, restreignait la dot que la femme devait apporter à son mari à trois robes et à quelques objets de mince valeur, se rapporte, non point à la dot, mais aux présents qui peuvent l'accompagner.

père mécontent de son fils déclarait au magistrat qu'il cessait de le reconnaître et qu'il le bannissait de la maison : alors tout lien était rompu.

De la parenté et de la famille chez les Athéniens, nous ne relèverons que ce qui en décèle le caractère politique et son rapport intime avec le droit public. C'est dans la curie, φράτρια, que se confondaient à Athènes l'état, la famille et la religion[1]. A la fête des Apaturies on présentait l'enfant à sa curie dès la première année, et dans un sacrifice solennel le père jurait sur les victimes que l'enfant était né de lui et d'une Athénienne. On le représentait encore à la même fête des Apaturies quand il avait atteint l'âge de quinze ans. Une fête de famille, où l'on invoquait Hercule, Apollon et Diane, consacrait cette seconde admission. C'est ainsi que, sous les auspices de la religion, la parenté sortait des foyers domestiques, pour passer dans la cité et se revêtir d'un caractère public.

Nous ne suivrons pas M. Gans dans la polémique qu'il engage avec Bunsen sur plusieurs points de la succession *ab intestat*. Bunsen pense que la succession des descendants se limite au troisième degré; M. Gans la représente comme illimitée, et nous serions assez disposé à embrasser cette opinion. Il y aurait, comme il le dit, une

---

[1] Voyez, sur les curies, les travaux de Platner.

contradiction choquante à voir les successions des descendants s'arrêter au troisième degré, tandis que les collatéraux succèdent à l'infini. Suivant notre auteur, les ascendants n'héritent pas : c'est, ce me semble, trancher bien vivement une des difficultés les plus sérieuses du droit attique. Après les descendants venaient les collatéraux, sur lesquels nous avons une loi positive dans deux plaidoyers de Démosthène et d'Isée.

Le testament à Athènes avait pour fondement l'adoption. L'adoption pouvait n'être pas toujours testamentaire, mais toute disposition testamentaire était nécessairement une adoption, si bien que toute libéralité embrassant une quote part des biens, et consignée dans un testament, avait le nom d'adoption [1]. Aussi appeler le testament athénien un contrat συμβόλαιον, ce n'est désigner que sa forme.

Maintenant, quel est le caractère du droit attique? Comme, dans la vie grecque, contraste nécessaire de la vie orientale, la liberté de l'individu ne se met pas en guerre avec la puissance essentielle de l'état, mais se combine avec elle dans une unité qui produit la beauté, de même le droit

---

[1] Isæus super Pyrrhi hered., p. 14, 50. Super Dicæogenis hered., p. 90, 91, 95. Super Philoctet. hered., p. 121, 122, 123, 138. Super Apollodor. hered., p. 160, 161. Super Astyphili hered., p. 230. Super Aristarchi hered., p. 258. Super Hagniæ hered., p. 276.

grec présente ce mélange de liberté et d'unité puissante. Dans le mariage, vous trouvez à la fois un commencement d'existence et de dignité personnelle pour la femme, et un reste de la civilisation orientale. La femme est libre, légitime, citoyenne, apporte une dot, est compagne de son mari; mais aussi, entièrement étrangère à sa vie, à ses affaires, à sa destinée, enfermée au fond de sa maison, elle ne connaît que l'homme, et nullement le citoyen, qui ne vit que sur la place publique, et en rapport avec l'état.

Même opposition dans la puissance paternelle et dans le système de succession chez les Athéniens. La succession *ab intestat* et la succession testamentaire se combinent de façon à laisser à la famille sa hiérarchie, son existence, ses liens avec l'état, et à donner à l'individu une assez grande liberté. Le testament à Athènes ne dédaigne ni ne détruit la famille, mais plutôt il l'agrandit : c'est une adoption. Le droit attique est donc dans la vie grecque un progrès pour l'histoire du monde, parce qu'il est l'union de la liberté et de la nécessité, *du principe individuel et du principe substantiel et un.*

Mais de ce mélange harmonieux et beau des deux principes, il faut passer à une civilisation où ils se combattent, parce qu'ils se dévelop-

pent chacun plus vivement, à la civilisation romaine.

La Grèce, qui représente la beauté dans l'histoire, devait durer peu. C'était sa destinée de se développer et de périr vite. Monde de la beauté, de l'harmonie et de la proportion, elle avait besoin de peu d'étendue et de se contenir toujours dans les limites et les formes de sa puissance, qui s'appuyait uniquement sur l'art et l'intelligence. Aussi les conquêtes d'Alexandre furent-elles à la fois le triomphe et la ruine de la Grèce. A la suite du fils de Philippe, la Grèce se jeta hors d'elle-même, se perdit et se déforma, pour ainsi parler, en conquérant le monde qu'elle n'avait pas la force de maîtriser et de garder.

La même marche se voit dans le domaine de la pensée. Avec Socrate le génie grec commence à perdre sa fleur et sa beauté naïve, pour prendre les formes de la réflexion, et s'initier aux profondeurs de la conscience philosophique. Platon, dans ses dialogues divins, offre la combinaison la plus heureuse de la beauté et de l'intelligence; mais vient Aristote, qui, par les profondeurs et les formes abstraites de son génie, se met hors de tout rapport avec l'esprit de sa nation. Concevoir et représenter, comme le fait Aristote, la pensée dans la forme de la pensée, c'était aller tout-à-fait

contre le génie de la Grèce, qui n'entrevoyait jamais l'intelligence que sous les voiles, les symboles et les formes de la religion, de l'art et de la beauté.

Cependant il fallait un monde où la force et l'action se développassent à l'aise : Rome fut ce théâtre. Nous ne répéterons pas ce que nous avons déjà exposé dans notre analyse, que le monde romain est l'opposition de la nécessité et de la liberté, de l'infini et du fini, représentée par la lutte des patriciens et des plébéiens. Passons de suite aux divisions historiques.

Les rois, la république et l'empire forment les trois périodes pendant lesquelles l'histoire poursuit toujours l'opposition des deux principes. Rome sous ses rois a un caractère religieux, et porte l'empreinte d'une hiérarchie sacerdotale. Sa civilisation est étrusque, et rappelle le génie de l'Égypte. C'était en Étrurie et en Égypte un progrès véritable de l'esprit humain, que la divinité ne fût plus considérée, ainsi qu'en Orient, comme une substance infinie, qui absorbe et qui contient tout, mais qu'elle prît la parole et le gouvernement par l'organe de l'homme et du prêtre. De cette façon l'activité humaine commence à se développer et à pratiquer ce qu'elle croit. Dans cette première période l'opposition des deux principes sommeille encore, prête à éclater sous la répu-

blique. La république n'est que l'histoire de leur combat, l'empire le moment de leur confusion.

Maintenant il est temps de se demander quelle est, dans le monde romain, la place du droit. En Orient, le droit n'existe pas sous des formes précises et individuelles. En Grèce, il se détermine davantage; mais, dominé par la religion et l'état, il n'est point encore parvenu à son indépendance, et partant à son originalité. C'est à Rome que, pour la première fois, le droit se distingua tout-à-fait de tous les éléments étrangers, et se fit individuel et puissant. Rome n'est pas le monde de la religion, de l'art et de la science. Loin de là, l'amour qu'elle manifesta, pour la science et l'art de la Grèce, fut un signe de décadence pour son génie. Rome n'a pas non plus le génie universel et absolu de la religion; elle est uniquement préoccupée de l'état, du citoyen, des rapports politiques et civils, en un mot, du droit: tellement qu'il ne faut pas dire que le droit ait à Rome un rang convenable, mais que Rome est véritablement le monde du droit. Sous les rois, le droit romain est un secret au profit de quelques initiés; c'est un mystère dont les prêtres se réservent l'intelligence. Sans profondeur et sans philosophie, il a une physionomie mystique, *jus divinum*, *pontificium*, *feciale*. La république déchire ce voile mystérieux, et la publicité éclaire les

arcanes du droit. Pendant cette période, pendant la lutte des patriciens et des plébéiens, où tout a un caractère politique et public, le droit privé ne se développe pas encore dans ses rapports et ses théories : c'est l'époque du droit politique (*juris publici*). Avec l'empire, la vie politique s'éteint, la vie privée et le droit civil commencent véritablement : c'est le temps de la science.

On ne saurait mieux saisir combien le dogmatisme de M. Gans, qui plaît à l'esprit quand il le mène sur les sommités de l'histoire et l'y enchante de quelques grandes idées, est insuffisant et faible dans le détail et la réalité, qu'en le voyant aux prises avec une partie spéciale du droit romain. L'auteur a posé les principes ; il a mis en présence la nécessité et la liberté, l'objectif et le subjectif, les patriciens et les plébéiens ; et en cela il n'a fait que traduire, sous une formule philosophique, une vue qui n'avait échappé, ni aux historiens vulgaires, ni aux historiens éminents, que le bon Rollin a racontée, que l'ingénieux Beaufort a tâché de féconder, et que le profond Niebuhr a développée sous une face neuve et originale. Mais enfin l'engagement est pris de prouver le principe par le détail, le dogme par l'histoire : il faut y procéder.

Dans la préface de son second volume, M. Gans annonce qu'il n'apportera pas dans l'étude des faits

la méthode mesquine de l'école historique, qui ne s'occupe que de ce qui est positif, individuel et extérieur, ne s'épargne aucun détail, examine tout, dénuée de l'intelligence philosophique qui sait abstraire, choisir, et ne s'arrêter qu'aux idées nécessaires. Il faut convenir qu'il a tenu parole, car son exposition du droit de succession romaine n'est qu'un enchaînement d'abstractions et de formules dépourvues de toute vie, et qui changent l'histoire du droit en une démonstration scolastique d'une majeure qui reparaît continuellement. Dans cette partie, l'histoire ne doit aucune vue nouvelle à M. Gans: tout son travail semble avoir été d'ériger, sur les notions reçues, sur les aperçus des autres écrivains, en preuves et en conséquences de son principe. Montrons la marche de l'auteur.

N'espérons pas trouver les faits exposés dans leur ordre naturel et chronologique, une histoire véritable du droit de succession; nous n'avons à recueillir que quelques vues systématiques. Le principe nécessaire, objectif, substantiel, c'est-à-dire l'élément naturel, est représenté par la succession ab intestat, tandis que le principe volontaire, [illegible], subjectif, c'est-à-dire l'élément [illegible], est représenté par la succession testamentaire, le testament. Il faut observer d'abord la progression et le mouvement de la

succession romaine avec ces deux éléments.

Cette progression se divise en trois périodes. La première période, où les deux principes sont comme enveloppés, où leur opposition sommeille, s'étend depuis les rois et les commencements de la république, jusqu'au temps où le testament *per æs et libram* fut institué. La seconde période, où l'opposition des deux principes est flagrante, a son point de départ dans cet axiome des douze tables : *Uti legassit super familiæ pecuniæ tutelæve suæ rei, ita jus esto*, et se continue jusqu'à l'institution du testament prétorien. La troisième période, où les deux principes se confondent, où leur opposition expire, commence avec l'institution de la plainte contre le testament inofficieux, *querella inofficiosi testamenti*, et du *quadruplex judicium*, et s'étend jusqu'à la promulgation de la cent-quinzième Novelle de Justinien.

Pendant la première période, M. Gans veut absolument que le testament n'ait été, à Rome comme à Athènes, qu'une forme d'adoption. Cette vue est toute nouvelle, mais les faits et les textes la démentent[1]. L'auteur tâche de l'appuyer d'abord sur l'invraisemblance qu'il y aurait, selon lui, à ce que les curies réunies en comices, *calata*

---

[1] Ulpiani fragm. 20, § 2 ; Instit. lib. 2, tit. 10, § 2; Theophil. ad hunc tit.; Gellius, Noctes atticæ, lib. 15, c. 27; Gaii comment. § 101, lib. 2.

comitia, eussent donné leur sanction à un acte contraire au maintien et à la conservation de la famille, c'est-à-dire à l'admission d'un étranger pour héritier du testateur. Cette invraisemblance peut exister dans la famille que se représente M. Gans, d'après ses préoccupations philosophiques; mais on la cherche vainement dans la famille romaine telle que l'histoire nous l'a donnée. De tout temps à Rome, même sous l'influence sacerdotale de la civilisation étrusque, l'amour de l'indépendance et le goût de la volonté personnelle fermentèrent dans le cœur du Romain; et, pour répondre à une induction, comment admettre que si, pendant le règne des rois, la volonté individuelle n'eût eu aucun crédit, elle se fût tout à coup établie avec tant d'affirmation dans le texte des douze tables? Quand un principe s'écrit en législation, il est loin de son berceau. Un autre genre de preuves mis en avant par l'auteur, ce sont les textes qui montrent l'adoption se faisant par le testament. Ainsi, parce que dans les derniers temps de la république et sous les empereurs[1], les formes du droit civil s'étant assouplies, il parut naturel et raisonnable de pouvoir adopter par testament, M. Gans en tire la conséquence que, sous les rois, il était dans les

[1] Voyez Suétone, Appien, Dion Cassius, cités par notre auteur.

mœurs et les croyances que le testament et l'adoption ne fissent qu'un! L'école historique a le droit d'être sévère à l'égard d'une semblable critique.

Dans la seconde et la troisième période, nous ne rencontrons pas de nouveaux points de vue historiques; seulement l'auteur continue à voir sous toutes les formes la représentation de ses idées. Ainsi, pour lui, le testament *per æs et libram* reproduit dans sa forme le dualisme des deux principes, nécessaire et libre, praticien et plébéien; dualisme dont, selon l'auteur, le profond Ulpien est convaincu, mais qui échappe entièrement à Gaïus[1].

Après ce coup d'œil général sur la matière, M. Gans traite dans deux chapitres distincts la succession testamentaire et la succession *ab intestat*. Plus nous avançons dans cette analyse, plus nous trouvons dans l'auteur un mélange de qualités et de défauts, qui, au premier abord, semblent inconciliables. Tantôt il a des vues grandes, tantôt ses aperçus sont d'une subtilité fatigante, qui rappelle les prouesses de la scolastique. En voici un exemple. L'esprit du testament romain est exposé de la manière la plus

[1] Voici le passage d'Ulpien : « In testamento quod per æs et « libram fit, *duæ res* aguntur, familiæ mancipatio et nuncupatio « testamenti. » Fragm. 20, 9.

satisfaisante, tant par les textes des jurisconsultes que par le témoignage de la littérature et de la philosophie. Le respect de la volonté individuelle était comme une religion pour Rome, et elle y attachait le pressentiment de l'immortalité. Écoutons son orateur : « In publicis nihil est lege « gravius, in privatis firmissimum est testamen- « tum[1]. » Et ailleurs : « Quid procreatio libero- « rum, quid propagatio nominis, quid adoptiones « filiorum, quid *testamentorum diligentia*, quid « ipsa sepulcrorum monumenta, quid elogia si- « gnificant, nisi nos futura etiam cogitare[2] ? » A côté de ce sentiment populaire exprimé par le génie oratoire, la philosophie stoïque ne voit dans le testament que la volonté se posant dans son indépendance et son abstraction, sans considérations humaines et sans espérances futures. Voici Sénèque :

« Quid, quum in ipso vitæ fine constituti su- « mus, quum testamentum ordinamus, non be- « neficia nobis nihil profutura dividimus? Quan- « tum temporis consumitur ! Quamdiu secreto « agitur quantum et quid demus ! Quid enim in- « terest quibus demus, a nullo recepturi ! Atque « nunquam diligentius damus, nunquam magis « judicia nostra torquemus, quam ubi, *remotis uti-*

---

[1] Cicero, Philippica 2, cap. 42.
[2] Tusculanæ, quæst. 1, cap. 14.

« *litatibus, solum ante oculos honestum stetit;* tamdiu « officiorum mali judices, quamdiu illa depravat « spes, ac metus, ac incertissimum vicium volup« tas. Ubi mors interclusit omnia, et ad ferendam « sententiam incorruptum judicem misit, *quæri« mus dignissimos quibus nostra tradamus.* Nec « quidquam cura sanctiori componimus, quam « quod ad nos non pertinet[1]. »

De cette manière large et vraiment philosophique d'écrire l'histoire du droit, rapprochons les aperçus subtils et bizarres de l'auteur sur les legs. Même dans la théorie du testament, qui semble le triomphe exclusif de la volonté individuelle, toujours préoccupé de ses principes, il les voit et les retrouve dans l'institution d'héritier et dans les

[1] Seneca, de Beneficiis, 4, cap. 11. « A la fin même de notre « vie, lorsque nous réglons nos dispositions testamentaires, fai« sons-nous autre chose que répandre des bienfaits inutiles pour « nous? Cependant, combien de temps employé, combien de dis« cussions secrètes pour régler les sommes et les légataires! Que « nous importent les sujets de notre bienfaisance, puisque nous « ne pouvons rien en attendre! Néanmoins, jamais nos dons ne sont « plus réfléchis, ni nos jugements plus approfondis, que lorsque, « dépouillés de tout intérêt personnel, l'honnêteté se montre seule « à nos yeux. Jamais, au contraire, nous ne pouvons juger de nos « devoirs tant qu'ils sont dépravés par l'espérance, la crainte et la « volupté, ce vice des lâches. Mais lorsque la mort fait taire toutes « les passions, lorsqu'elle envoie un juge incorruptible pour ré« gler les partages, nous choisissons les plus dignes pour leur « transmettre nos biens : jamais nous ne réglons mieux nos affaires « que lorsqu'elles ne nous regardent plus. » Traduction de La Grange, t. III, édit. de 1778.

legs. A ses yeux, l'institution d'héritier, bien qu'elle soit l'effet de la volonté, a cependant quelque chose d'absolu, d'infini, de substantiel et de nécessaire, tandis que le legs montre la personnalité dans ce qu'elle a de plus fini, de plus arbitraire et de plus abstrait. Ainsi l'institution d'hérédité représente la nécessité, la substance, et le legs, la liberté et le subjectif. Nous le demandons, que gagnent l'histoire et la véritable philosophie de l'histoire à cette importation des formules les plus générales de la métaphysique, dans les détails les plus modestes et les plus spéciaux de la jurisprudence? D'ailleurs, dans la nature des choses, la volonté n'est-elle pas toujours la même, qu'elle fasse un héritier ou un légataire? La théorie du testament romain est fort simple, sinon dans ses détails, du moins dans ses propositions principales. A côté de l'institution d'héritier, qui est réputée un mode universel d'acquérir, se trouve le legs, qui ne confère jamais que la propriété de choses distinctes (*singulæ res*). Comme la liberté illimitée, écrite dans les douze tables, faisait que le patrimoine se dissipait tout entier en libéralités particulières, en legs, et que l'héritier institué restait sans héritage, pour consacrer seulement par sa présence les dispositions qui le dépouillaient, plusieurs lois, la loi Furia, la loi Voconia et la loi Falcidia, limitèrent succes-

sivement la faculté de léguer[1]. Sous le chef de l'institution d'héritier viennent les substitutions; après les legs, le fidéicommis.

Dans son chapitre sur la succession *ab intestat*, M. Gans expose d'une manière assez méthodique les principes de la matière; mais il n'apporte aucune lumière nouvelle sur les difficultés du sujet, notamment sur la gentilité. Il examine successivement la succession *ab intestat*,

Dans ses rapports avec le mariage;

Dans ses rapports avec la puissance paternelle;

Dans ses rapports avec la parenté;

Dans ses rapports avec l'esclavage;

Dans ses rapports avec la tutelle;

Dans ses rapports avec la curatelle.

Enfin, l'auteur montre la confusion et l'identité des deux systèmes et des successions s'opérant par les dispositions législatives[2].

Ici s'arrête le travail de M. Gans sur l'antiquité, qu'il croit avoir suffisamment reproduite, puisqu'il a exposé, ce sont ses expressions, « la fa« mille naturelle, c'est-à-dire la famille orientale; « la famille belle par excellence, c'est-à-dire la « famille grecque; et enfin la famille qui consti-

---

[1] Voyez Gaïus, Inst. 224, 225, 226, 227, lib. 2.

[2] Nous ne faisons pas entrer dans notre analyse deux dissertations isolées sur le principe « *Nemo, pro parte testatus, pro parte* « *intestatus, decedere potest* », et sur la possession de biens.

« tue l'opposition, la lutte et la force, c'est-à-dire « la famille romaine. Mais de la nuit et des ruines « de l'antiquité s'élève la famille des mœurs, de « l'amour et de la vérité, la famille moderne. » La dernière partie de l'ouvrage de M. Gans n'a pas encore paru.

Il nous reste maintenant, pour compléter notre tableau, à dire un mot, un seul mot du livre même de M. Hegel. Il n'est, certes, ni dans nos attributions ni dans nos forces de dévoiler ici les profondeurs du dernier interprète de cette philosophie, qui établit entre l'homme, la nature et l'histoire, une indestructible identité, et retrouve dans l'intelligence humaine, sur le théâtre physique et dans le monde moral, la même hiérarchie. Bien que la philosophie du droit de Hegel appartienne à nos études, et que déjà nous y ayons porté d'attentifs regards, nous respecterons quelque temps par notre silence tant de graves et formidables questions. Nous ne voulons aujourd'hui qu'indiquer les vues et les divisions que Hegel jette dans l'histoire du monde, et encore nous ne le faisons qu'entraîné à la suite de notre historien, qui par son analogie fanatique avec son maître nous y contraint.

Hegel, à la fin de son livre, esquisse l'histoire du monde. Voici le résumé de cette esquisse :

La substance de l'esprit universel, qui dans

l'art est image et spectacle, dans la religion, sentiment et représentation, dans la philosophie, pensée, pensée pure, se développe dans l'histoire du monde comme résultat vivant et intelligent qui embrasse tout ce qui est extérieur et concret.

Les idées concrètes, les idées des peuples, ont leur racine, leur vérité et leur précision, dans l'universalité absolue.

Quatre principes constituent le développement de l'esprit du monde.

Le premier, c'est-à-dire la manifestation immédiate de l'esprit universel, fut la substance, c'est-à-dire la forme identique et substantielle, dans laquelle l'unité reposait comme ensevelie dans son essence.

Le second principe est la conscience de la substance, qui produit le sentiment, l'indépendance, la vie et l'individualité sous la forme du beau moral.

Le troisième principe est le développement plus profond de la conscience, qui se pose dans l'opposition d'une universalité abstraite et d'une individualité plus abstraite encore.

Le quatrième principe commence par la destruction de l'opposition précédente, et consiste dans la possession de la vérité concrète des choses, de la vérité morale dans ce qu'elle a de plus intime, de plus puissant et de plus normal.

Ces quatre principes sont représentés par quatre mondes : le monde oriental, le monde grec, le monde romain, le monde germanique.

Dans le monde oriental, où tout s'abîme dans la substance, le gouvernement est la théocratie, le maître est le prêtre ou Dieu, la politique et la législation sont la religion. La personnalité individuelle n'a point de droit, ou plutôt n'existe pas. La nature extérieure est immédiatement divine, ou un des joyaux de Dieu; l'histoire est la poésie de tout cela.

Dans le monde grec, l'unité substantielle du fini et de l'infini se développe, et la vie réelle, à travers les mystères, les images et les symboles de la tradition, naît peu à peu à l'indépendance, sous la forme du beau moral. Dans ce développement, la personnalité s'émancipe, tout en se précisant cependant dans une unité idéale.

Dans le monde romain, la vie morale se divise en une personnalité égoïste et toute spéciale, et une universalité abstraite et sans vérité. Cette opposition se représente dans Rome, par l'aristocratie luttant avec sa force substantielle contre la démocratie animée de l'esprit personnel.

Dans le monde germain, se fait comme la résurrection de la vie morale. L'unité divine et la nature de l'homme se réconcilient, et de cette fu-

sion sortent la liberté, la vérité et la moralité [1].

N'allons pas plus loin dans cette exposition; il nous suffit d'avoir donné au lecteur la clef du livre de M. Gans, et d'avoir montré le cadre qu'il a pris à son maître. Ce n'est pas notre affaire aujourd'hui de sonder la valeur philosophique de la vérité de ces affirmations, et de les comparer aux difficultés qu'il faut résoudre, à la réalité qu'il faut expliquer. Nous avons exposé dans toutes ses proportions la composition de M. Gans. Nous nous sommes efforcé de la produire à nos lecteurs, sous des formes compréhensibles, et de la dégager, autant que nous le permettait notre respect pour la pensée de l'historien, de l'obscurité de ses formules. M. Gans n'a pas, ou rarement du moins, le style de l'histoire. Il écrit avec le langage philosophique de son maître, et rebute souvent par l'obscurité de son enveloppe : aussi son livre, que nous avons depuis long-temps entre les mains, nous a donné des impressions bien différentes. Nous l'avons souvent quitté et repris. Le style et le système de l'auteur nous menaient, tour à tour, de l'admiration au dégoût. Quand nous contemplions les formes hautaines et grandes de ce dogmatisme philosophique, qui domine l'histoire, la dégage de tout ce qu'il consi-

[1] Hegel, Naturrecht, p. 344-355.

dère comme inutile et accidentel, et ne la prend que pour l'expression de ce qui dure, de quelques idées qu'il déclare nécessaires, tant de grandeur nous attirait, et nous consentions involontairement à ne voir le monde que sous le doigt du philosophe. Mais, quand nous reportions nos regards sur la vie et la réalité, quand nous apercevions les plus riches variétés de l'histoire se faner ou disparaître sous le souffle du métaphysicien, le monde gêné sous le système d'un individu, les faits débordant la théorie, alors le dépit nous prenait, et nous suspendions notre examen. C'est ainsi, nous l'avouerons, que ce livre nous a remué, et que nous avons vécu avec lui dans une alternative de mécontentement et de tendresse.

Précisons, il est temps, notre critique. Dans le principe de son opposition à l'école historique, M. Gans a pleine raison, sauf le ton d'aigreur inconvenante et irrespectueuse qu'il prend envers des hommes, qui l'ont précédé dans la science, et qui, au jugement de l'Allemagne, le priment encore en savoir. M. Gans a raison quand il veut porter l'esprit philosophique dans le droit, quand il pense que dans les législations diverses, sous les formes et les théories, vit un *esprit* qu'il faut chercher et saisir : comme il le dit, c'est la vue de Montesquieu; et puisque l'école historique néglige, et même méconnaît cette obligation, par

cela seul elle est incomplète et blâmable. Mais entre l'esprit philosophique et un certain système philosophique, la différence est grande pour l'historien. Chez celui qui examine l'histoire et se prépare à l'écrire, il y a inévitablement des idées et des sentiments antérieurs à une observation approfondie; par sa nature d'homme, il a des vues premières, des aperçus synthétiques, des intuitions spéculatives; il est homme enfin, et même il peut être philosophe, s'il a l'esprit observateur, pencher pour certaines opinions, certains systèmes, tout en gardant aux systèmes et aux opinions opposées sa justice et son impartialité. Mais qu'il n'aille pas au-delà! qu'il ne se mette pas sous le charme et dans les liens du dogmatisme! Représentons-nous Montesquieu, non tel qu'il est, le plus éclairé et le plus rationnel des historiens, mais partisan fanatique de la philosophie de Locke aiguisée par Helvétius, et écrivant l'histoire dans les aveuglements et dans les intérêts du sensualisme : que sera l'*Esprit des lois*?

Que l'historien, et l'historien de la législation, ait l'esprit philosophique, mais qu'il ne se livre pas corps et âme à tel système de tel philosophe. Vouloir trouver l'identité d'une opinion philosophique et du drame de l'humanité, c'est faire de l'histoire un poème individuel dont les philosophes seraient à perpétuité les Homères. Si M. Gans,

qui a une grande originalité d'esprit, en eût eu une plus grande encore, il ne se fût point enfermé dans les proportions, les entraves et les formules du système de son maître; peut-être même, s'il l'avait compris davantage, il ne l'eût pas si exactement contrefait; et s'animant de son esprit, en se dégageant des formes, il eût été plus libre, et cependant plus fidèle.

Au surplus, voyons si, même en adoptant son point de vue et de départ, le choix de son sujet est heureux. Qu'a voulu M. Gans? Transporter dans l'histoire un système et des vues philosophiques; démontrer que dans les annales de l'humanité tout est hiérarchique, progressif et nécessaire; que le monde, comme chaque peuple, vit par une idée qui le constitue, idée qui se développe suivant des lois, et dont les phases n'ont rien d'arbitraire et de fantastique. On le demande, dès qu'on reconnaît une nécessité, une hiérarchie et une progression dans les événements et les races humaines, est-il permis de choisir dans l'histoire universelle, d'omettre des peuples et des temps, et de substituer à l'ordre et à la nature des choses un discernement artificiel? Qu'a fait M. Gans, en ne tenant pas compte du temps dans l'histoire de l'Inde et de la Chine, en omettant les Perses; en n'écrivant qu'une phrase sur l'Égypte, ce monde de mystère et de science, qui

sans doute a eu son poids et sa place dans la civilisation humaine? Qu'a-t-il fait si ce n'est d'être infidèle à la mission que lui-même s'était donnée? Il arrive en Grèce, et va droit à Athènes, sans s'embarrasser de tout ce qui précède, et explique la cité de Minerve, de Périclès et de Platon, sans nous montrer, même en passant, les Ioniens et les Doriens se partageant la Grèce, son territoire et sa civilisation. Athènes n'est pas toute la Grèce; elle la domine, mais ne la constitue pas; tellement qu'on voit toujours s'agiter autour d'elle des oppositions et des différences hostiles. Dans l'histoire romaine, pas un mot de l'Étrurie, et de cette Italie antique que Niebuhr a comme ressuscitée et rendue à la lumière. Et dans Rome même, rien que des abstractions et des formules, si bien qu'on peut, avec un poète, s'écrier :

Où sont-ils les Romains? Dans les tombeaux de Rome.

Quel est ensuite le sujet choisi par M. Gans, le point où il se place? C'est le droit de succession. Ainsi c'est autour d'une partie, d'un détail du droit civil, qu'il fait tourner l'histoire du monde; il s'enferme au foyer de la famille pour découvrir l'univers. Ce choix nous semble bizarre, et d'autant plus malheureux, qu'il suscite à l'historien des difficultés auxquelles une autre position l'aurait fait échapper. En effet, nous l'avons vu dans

l'Inde rencontrer la liberté civile, et s'en trouver fort empêché. A la Chine, si la faculté de tester existe, son système est compromis. C'est que précisément la face des choses que M. Gans a choisie, pour nous y montrer l'empreinte de différences fondamentales, est celle peut-être où il y en a le moins, et qui présente le plus d'analogie de nation à nation : nous voulons dire le droit civil. Lisez les lois de Menou, elles vous font penser aux lois romaines. Athènes et la Judée, dans leurs rapports civils et domestiques, se gouvernent souvent par des règles analogues à la jurisprudence romaine, que nous trouvons traduite et incorporée dans nos mœurs modernes. Au fond, il n'y a qu'une manière d'être père, époux et fils, de contracter, de donner et de vendre; il y a dans ces rapports, quelque civilisation, quelque despotisme, quelque originalité nationale qu'on puisse rêver, des principes et une liberté inévitables. Sous les variétés accidentelles, l'élément humain prédomine, et partout nous le trouvons, sauf les accidents, libre et raisonnable. M. Gans s'est donc bien trompé, à notre sens, quand il a cherché le centre de l'histoire universelle du droit dans le droit civil. C-est dans le droit politique qu'il devait se placer, de la cité descendre à la famille, et non pas de la famille remonter à la cité. Les différences fondamentales sont toutes dans le prin-

cipe politique : le citoyen ne ressemble pas au citoyen ; l'homme ressemble toujours à l'homme. Montesquieu ne s'y est pas mépris, et il fait tout découler du génie politique des peuples. Aussi voyez dans quelle confusion le plan de M. Gans l'a jeté. Il est obligé d'associer les plus grandes idées de l'histoire du monde aux plus minces détails de la vie civile, et de faire passer l'humanité entre la succession en ligne directe et la succession collatérale. Un tel chaos est monstrueux, et, s'il faut le dire, quelquefois ridicule

Voilà donc nos griefs contre M. Gans. Nous blâmons vivement sa prétention de vouloir importer des vues préméditées dans l'histoire, de vouloir trouver l'humanité et un système égaux et identifiques, de méconnaître les obligations et le style de l'historien, d'étouffer la vie du monde et de l'homme sous les abstractions et les formules, enfin d'avoir choisi une unité de sujet peu en rapport avec ses propres desseins et la nature des choses. Disons aussi que son ouvrage, tel qu'il est, fait trop beau jeu à l'école historique pour accuser la philosophie d'un dogmatisme superficiel. Maintenant il nous reste à faire éclater notre symphatie pour l'esprit élevé de l'auteur, qui nous semble bien supérieur à son livre même. On a pu voir dans notre analyse quelle était la portée de ses vues. Tête vaste, *synthétique*, pour

parler le langage de l'école, s'adressant toujours à ce qui est grand et fécond, ingénieux jusqu'à l'audace, M. Gans est certainement un des talents les plus originaux dont puisse se glorifier la haute jurisprudence. Son œuvre historique est imparfaite et défectueuse, mais elle est une tentative audacieuse, qui décèle des forces peu communes et une énergie infatigable, qui fera plus encore qu'elle n'a fait.

Le livre de M. Gans devait attirer notre attention. C'est le premier champion qui se soit encore présenté contre l'école historique; et puis son livre est à peu près le seul dans l'histoire du droit qui soit coordonné, composé, écrit, et qui prétende être une œuvre littéraire. Avec le livre de M. Gans nous comptons dans les rangs opposés l'*Histoire du droit romain pendant le moyen âge*, de M. de Savigny; encore ce célèbre jurisconsulte n'a-t-il guère fait dans les derniers volumes que joindre des notes à des notes. Enfin, non plus dans l'histoire spéciale du droit, s'offre le grand ouvrage de Niebuhr, l'*Histoire de Rome*, premier monument de l'Allemagne historique.

Au-dessous de ces compositions, il n'y a guère dans l'histoire du droit que des traités isolés, des monographies, où l'érudition allemande s'alimente et se renouvelle sans cesse. Là, point de formes littéraires, de vues systématiques : ce sont, pour

ainsi dire, de grandes et simples notes où se dépose la science la plus loyale et la plus ingénue. C'est là proprement le trésor de l'érudition allemande; c'est là qu'il faut tourner nos regards et nos études. Il est clair qu'aujourd'hui la France, qui en politique et en histoire, marche dans des voies si originales, est soumise, dans certaines parties des sciences morales, à l'influence de l'Allemagne, comme au commencement du dix-huitième siècle nos pères ont reçu le mouvement et l'action de l'Angleterre. Eh bien! sachons en jurisprudence raisonner cette influence inévitable, qui sera d'autant plus salutaire que nous en aurons plus conscience et la subirons moins à notre insu. L'Allemagne, par ses travaux, a renouvelé la science et l'histoire du droit : étudions-les avec admiration, reconnaissance et liberté; appuyons-nous sur son érudition, prenons-la pour notre point de départ; transportons-nous, par de vastes lectures, à Heidelberg et à Berlin, pour y apprendre ce que nous ignorons, et mettons-nous franchement à l'œuvre. Alors, quand, par de longues méditations et un discernement laborieux, nous nous serons assimilé ce que l'érudition de nos voisins et de nos maîtres a de plus précieux et de plus pur, nous devrons tenter de coordonner tant d'éléments divers, de porter la critique et la méthode au milieu de tant de richesses, de résumer

et d'écrire tant de découvertes, et de le faire avec la double indépendance de l'esprit individuel et du génie national. La division du travail est une loi dans le monde de l'intelligence, comme dans celui de l'industrie, pour les peuples comme pour les individus. La France doit s'instruire à l'école de l'Allemagne, non pour l'imiter, mais pour faire autre chose que ce qu'elle a fait. C'est par cette répartition du travail, comprise de plus en plus par les nations, que la science humaine s'étend infiniment, devient universelle et véritablement cosmopolite.

GESCHICHTE

DES

RŒMISCHEN RECHTS

IM MITTELALTER, ETC.

HISTOIRE

DU DROIT ROMAIN

PENDANT LE MOYEN AGE,

PAR M. DE SAVIGNY.

Quatre volumes. — Heidelberg, 1814-1826.

Dans l'histoire des institutions et des idées qui ont exercé sur le monde une influence puissante et durable, le droit romain ne joue certainement pas un rôle secondaire. Quelle fut sa primitive origine : on l'ignore encore; mais quelle fut sa destinée, le monde le sait, puisque encore aujourd'hui il est soumis en partie à ses prescriptions

et à ses doctrines. Une législation dont le berceau se perd dans les traditions et les mythes de l'antique Italie; qui peu à peu se dégage des voiles et des images du symbole, pour arriver à la raison sévère et à la précision du génie politique; qui, à la faveur des conquêtes, et sur les traces de l'aigle romaine, envoie ses préteurs asservir à ses règles une partie du monde; dont, sous les ruines de la république, et sous la domination impériale, l'essor scientifique et littéraire est demeuré l'immortel enseignement de toutes les législations; qui, respectée du christianisme, a mis à côté de la morale du Christ ses principes empruntés au Portique; que l'invasion des peuples barbares n'a pas emporté dans son torrent, mais qui, restant le droit des vaincus, à côté des lois salique et ripuaire, modifie peu à peu le droit et les mœurs des vainqueurs, et, après un empire silencieux de quatre siècles, se réveille brillante en Italie; de son antique patrie passe en Allemagne, où elle devient le droit commun, en France, où elle gouvernait déjà en maîtresse la moitié du territoire; et qui enfin, outre sa puissance positive, subsiste au milieu des législations modernes, comme un monument indestructible et comme l'éternelle et mystérieuse école des jurisconsultes et des penseurs : voilà quel est le droit romain, sa puissance et sa durée.

Ce qui frappe dans sa destinée, c'est sa permanence, je dirai presque son immortalité. Depuis les premiers rois de Rome (*jus papyrianum*) jusqu'à nos jours, il a toujours agi sur les sociétés, et cela sans interruption, sans interrègne. Cependant, malgré le témoignage de l'histoire, il s'était, accrédité une étrange opinion : on s'était imaginé qu'un jour l'invasion et la domination des barbares avaient entièrement fait disparaître le droit romain, et qu'un autre jour, à plusieurs siècles de distance, le hasard l'avait ressuscité. Depuis long-temps, surtout en Allemagne, les véritables jurisconsultes avaient rejeté cette tradition de l'irréflexion et de l'ignorance; cependant elle conservait encore une espèce de créance dans la multitude, et n'avait jamais été l'objet d'une réfutation victorieuse, quand l'*Histoire du droit romain pendant le moyen âge*, de M. de Savigny, vint en faire une éclatante justice, et montra clairement la permanence et la continuité du droit romain pendant le moyen âge, laborieux enfantement des temps modernes.

D'abord M. de Savigny n'avait voulu composer qu'une histoire purement littéraire du droit romain depuis Irnérius jusqu'à nos jours. Mais ce plan ne tarda pas à lui paraître superficiel : il reposait en effet sur la distinction entièrement fausse de l'histoire même du droit et de l'histoire litté-

raire. Après avoir rejeté ce projet léger, qui n'était pas digne de son esprit si profondément historique, il s'arrêta à une autre vue bien autrement féconde : il résolut de reporter son point de départ plus haut, et de se plonger dans les origines modernes, de telle façon que son livre fournit cette démonstration que l'état juridique des temps modernes, en tant qu'il repose sur la chose romaine, est sorti tout entier sans interruption de l'empire d'Occident par un développement naturel et des métamorphoses successives.

En effet, suivre le droit romain depuis l'invasion des barbares dans ses phases et ses fortunes diverses, tant par des vues générales que par des recherches particulières; chercher à travers la barbarie tout ce qui est romain, en reconnaître la moindre trace avec une sagacité exquise, en prouver enfin la perpétuelle durée : voilà l'unité, voilà le caractère de l'œuvre de M. de Savigny. Sans doute, dans ce qu'il a écrit des Germains et de leurs institutions, il a montré une grande profondeur de critique; mais pour l'érudition, il a été au moins égalé par d'autres écrivains qui ont traité le même sujet; et quant à la peinture et au sentiment des mœurs germaniques et de la vie barbare, il faut l'avouer, on ne les trouve pas dans son livre. Le chapitre où il traite des Ger-

mains est une dissertation, et non pas une histoire; et quelques lumières qu'il jette sur certains points, il vous laisse sans la connaissance instinctive et profonde des barbares, de leurs mœurs, de leur vie et de leurs tribus. Nous nous attacherons donc, dans le tableau que nous allons tracer de l'ouvrage de M. de Savigny, à mettre en lumière surtout ce qui est romain, les vicissitudes du droit romain à travers la barbarie, puis à travers le moyen âge; à écrire, pour ainsi dire, la biographie de cette merveilleuse jurisprudence depuis qu'elle avait perdu le Capitole.

A Rome, comme chez tous les peuples, le droit primitif reposait sur les croyances et les mœurs. Point de législation écrite, mais des coutumes et de la foi. Cependant les rapports politiques amenèrent la rédaction des douze tables, où furent consignées la plupart des coutumes antiques. Voilà pourquoi les douze tables devinrent et restèrent le fondement du droit civil, même jusqu'à Justinien. L'ancien droit n'était vraiment qu'une suite d'actes symboliques, dont les formules étaient précises et nécessaires, et dont la connaissance et la pratique étaient la principale affaire des jurisconsultes. Ils étaient comme les gardiens de l'antique et sévère originalité du droit. Mais quand Rome, maîtresse de l'Italie, eut étendu sa domination sur d'autres pays, l'ancien droit dut perdre

son étroite précision pour se généraliser. Déjà même, avant que les Romains fussent sortis de l'Italie, on avait vu se produire, à côté de la loi nationale (*jus civile*), une espèce de droit général, naturel (*jus gentium*), effet inévitable des relations et du commerce avec les étrangers. D'abord, ce droit nouveau n'avait cours que pour les étrangers, et s'administrait par un préteur particulier; mais bientôt les Romains généralisèrent le droit pour eux-mêmes, et ils pratiquèrent autant le *jus gentium* que le *jus civile*. L'institution et l'édit du préteur servirent à étendre et à régler cette révolution; au contraire, les jurisconsultes y répugnèrent, et s'efforcèrent toujours dans leurs écrits à conserver l'ancien droit. Ainsi, à la fin de la république, les douze tables et l'édit du préteur étaient les deux fondements du droit et de la législation.

Sous les empereurs, l'importance de l'édit prétorien dut s'accroître; le caractère national et le respect religieux pour l'antiquité s'effaçaient; alors les jurisconsultes eurent une autre position. Le droit avait passé par mille révolutions, et il fallait combiner un nombre infini de sources et d'autorités pour arriver aux simples résultats de la pratique: c'était une affaire qui voulait à la fois du temps et du savoir, qui passait les forces tant des juges que du préteur, et que la science seule

pouvait mener à bien. Les circonstances étaient heureuses ; le commerce de Rome avec la Grèce avait fécondé son génie littéraire, et dans tous les sens l'esprit s'agitait pour produire : comment la jurisprudence, qui renfermait tant de trésors, eût-elle échappé à ce mouvement ? Dans l'ancienne république, deux chemins, outre la guerre, menaient au crédit et à un grand nom, l'éloquence et la jurisprudence. Mais l'éloquence avait partagé la chute de la liberté ; elle avait perdu comme elle ses honneurs, sa force et son éclat. Dans le droit, au contraire, s'était conservé plus qu'ailleurs l'ancien esprit de Rome : aussi tout ce qui pensait encore en Romain s'y donna rendez-vous, et la jurisprudence devint le patrimoine des plus nobles esprits et des plus fermes caractères. De là, au deuxième et au troisième siècle, une splendeur inouïe, qu'aucune époque et aucun peuple n'ont jamais reproduite. Mais tant d'éclat, au milieu de la décadence universelle, devait périr vite ; les hommes supérieurs manquèrent bientôt, et les grands jurisconsultes du temps de Caracalla et d'Alexandre Sévère n'eurent pas de successeurs.

Les constitutions des empereurs grossirent encore les sources du droit. D'abord, les empereurs ne donnaient que des rescrits, c'est-à-dire des éclaircissements pour l'interprétation de la loi, sur la provocation des fonctionnaires ou des par-

ticuliers. Mais, sous Constantin, la législation impériale prit un autre caractère ; le christianisme, ayant à faire la guerre aux anciennes mœurs, avait besoin de l'intervention fréquente des lois : les constitutions se multiplièrent et furent de véritables lois. Ainsi, au commencement du cinquième siècle, voici quelles étaient les sources du droit : pour la théorie, les anciens plébiscites, les sénatus-consultes, les édits des magistrats romains, les coutumes non écrites, et enfin les douze tables ; mais en fait, pour la pratique, on ne se servait que des écrits des grands jurisconsultes et des constitutions des empereurs ; et cependant la pratique offrait encore de grandes difficultés. Sans doute les jurisconsultes avaient beaucoup fait pour le juge, en élaborant les sources anciennes ; mais leurs ouvrages étaient nombreux et les copies fort chères ; puis ils se contredisaient souvent : d'où pouvait alors partir le jugement supérieur capable de trancher le nœud ? La célèbre constitution de Valentinien III, de 429, régla l'usage que les juges devaient faire des écrits des jurisconsultes : cinq d'entre eux, Papinien, Paul, Gaïus, Ulpien et Modestin, eurent force de loi, à l'exception des notes d'Ulpien et de Paul sur Papinien. La pratique des constitutions n'était pas non plus très facile ; leur nombre et leur confusion rendaient leur étude laborieuse ; on en fit aisément

des collections, sous les auspices du pouvoir. Les premières furent les codes Grégorien et Hermogénien, destinés seulement aux rescrits; mais le code de Théodose II, de l'an 438, eut une bien autre importance : rédigé à Constantinople, il contient les édits donnés depuis Constantin. De nombreuses Novelles furent encore publiées après. Voilà qui prouve l'erreur où sont tombés quelques modernes, entre autres Montesquieu[1], quand ils ont avancé, qu'à cette époque le droit Théodosien constituait à lui seul la loi romaine.

Eh bien! ces décompositions successives du droit ne suffirent pas encore. Les lois refaites, comme nous avons vu, passaient encore la portée de ce temps; et peu après la dissolution de l'empire d'Occident, dans l'espace de trente années, quatre essais de code se tentèrent chez quatre nations différentes : l'édit de Théodoric, roi des Ostrogoths, en 500; le *Breviarium* d'Alaric, roi des Visigoths, en 506; le *Papien* chez les Bourguignons, un peu après 500; enfin les livres de Justinien, compilés d'abord pour l'empire d'Orient, de 528 à 534. Nous parlerons plus loin des trois premiers codes; quant aux livres de Justinien, qui leur sont bien supérieurs, le jurisconsulte ne saurait, sans injustice, leur refuser son estime et

---

[1] Esprit des Lois, l. 28, c. 4.

sa reconnaissance. La compilation a été faite, avec un discernement sain et un esprit pénétrant; et ces codes, après treize cents ans, nous livrent encore l'esprit du droit romain, malgré d'immenses lacunes dans nos connaissances historiques.

Des lois proprement dites, passons aux institutions. L'ancienne république étendait son empire sur l'Italie et les provinces. Cette division, bien modifiée sans doute, se conserva sous l'empire, et servira de règle à ce qui va suivre.

La guerre d'Italie soumit à Rome, sans retour, les républiques nombreuses qui l'entouraient. Mais, après leur défaite, les citoyens des villes vaincues obtinrent le droit de cité, et les villes elles-mêmes conservèrent leur administration intérieure. C'est cette libre constitution municipale qui caractérise l'Italie politique. Ce qu'on va lire concerne les municipes et les colonies; plus loin nous parlerons des préfectures. Deux objets appellent notre attention : le peuple et le sénat de ces villes libres, puis leurs magistratures.

Dans les villes italiennes, comme à Rome, le peuple exerçait le pouvoir souverain dans ses assemblées. Non-seulement il y nommait ses magistrats, mais il y faisait des lois et rendait des décrets. Que plus tard, comme à Rome encore, le pouvoir ait passé du peuple au sénat, il n'y a

pas à s'en étonner : c'était l'imitation inévitable de la monarchie de Tibère.

Le sénat, dont le nom ordinaire était *ordo decurionum*, ou simplement *ordo*, et plus tard *curia*, et dont les membres s'appelaient *decuriones* ou *curiales*, était chargé de l'administration de la ville avec les magistrats. Or, le décurion seul pouvait être élu magistrat, et l'élection se faisait par le sénat. Le magistrat en exercice pouvait présenter son successeur, mais c'était pour lui chose onéreuse plutôt qu'un privilége, car cette présentation le rendait responsable de l'administration de son successeur : aussi en abandonnait-il souvent le choix au gouverneur de la province.

Dans Rome libre, il y avait deux espèces de citoyens, ceux qui participaient au pouvoir souverain, et ceux qui en étaient exclus (*optimo jure, non optimo jure cives*). Le suffrage dans une tribu, et la capacité pour les différentes magistratures, faisaient le véritable citoyen (*suffragium et honores*). On peut appliquer cette distinction aux villes italiques ; mais alors les décurions seuls devront être regardés comme véritables citoyens, et le reste du peuple se composera de citoyens inférieurs (*cives non optimo jure*). C'est sous Auguste que s'opéra ce changement : il permit aux muni-

cipes seuls [1] d'envoyer leur suffrage à Rome. On le voit, le rang de décurion procurait alors honneur et crédit, et qui voudrait en douter pourrait s'en convaincre par le contenu de la table d'Héraclée. Mais lorsque le despotisme eut étouffé toute vie publique, l'ordre des décurions tomba dans un avilissement pitoyable, et rien ne saurait donner une idée plus nette de la dissolution intérieure de l'empire sous les empereurs chrétiens, que les nombreuses constitutions du code théodosien sur les décurions. Les plébéiens refusaient d'entrer dans l'ordre, et les décurions cherchaient toutes les voies possibles, pour échapper à leur dignité. Beaucoup allaient se cacher dans les rangs de l'armée, même parmi les esclaves; mais là encore, on allait les chercher et on les rendait violemment à la curie. Les criminels étaient condamnés à devenir décurions, ce qui cependant fut défendu plus tard par une loi de Théodose. On nommait décurions des Juifs et des hérétiques; les enfants naturels se légitimaient, par leur entrée volontaire dans l'ordre. Cette confusion déplorable n'était pas une conséquence de la constitution, mais le fruit de l'application arbitraire

[1] Ce fut alors, sans doute, que le mot *municipes*, qui désignait originairement tous les citoyens, fut souvent employé pour les décurions seuls.

et tyrannique des lois. Les gouverneurs des provinces étendaient, à leur gré et contre toute équité, la responsabilité des magistrats; ils poursuivaient de leurs exactions les principaux citoyens, et la condition la plus obscure était seule une chance de salut.

La direction immédiate des affaires municipales était confiée aux magistrats. Nous ne parlerons ici que de ceux qui administraient la justice, et de quelques autres dont les traces se retrouvent encore après la dissolution de l'empire, *duumviri*, *præfecti*, *quinquennales*, *defensores*, et les personnes attachées à la chancellerie. Ils avaient la juridiction contentieuse et volontaire (*jurisdictio contentiosa et voluntaria*[1]). Au-dessus d'eux planait la juridiction du gouverneur impérial, que nous trouvons établie en Italie depuis le deuxième siècle.

La première magistrature des villes d'Italie peut se comparer au consulat romain, avant la séparation de la préture. Ces magistrats inspectaient l'administration entière, présidaient le sénat, et rendaient la justice. Ils s'appelaient *duumviri* J. D. (*juri dicundo*) ou *quatuorviri*, selon qu'ils étaient deux ou quatre. Bientôt la dénomination

---

[1] Nous n'avons pas à nous occuper de la juridiction criminelle, qui fut de bonne heure enlevée aux autorités municipales, et qui d'ailleurs ne garda pas les traditions du droit romain.

de magistrats leur devint particulière. Leurs fonctions ne duraient qu'un an. Il n'est pas aisé de déterminer nettement les limites de leur juridiction. Probablement, sous la république, elle était illimitée, et les restrictions que nous trouvons dans les sources du droit romain ne vinrent que plus tard. On peut conjecturer avec vraisemblance, comment ces restrictions s'établirent. Ainsi quand la Gaule cisalpine, qui forme aujourd'hui la Lombardie, perdit sa constitution intérieure, et fut incorporee à l'italie, la politique romaine dut éviter une transition trop brusque de la liberté à l'asservissement. Les villes gardèrent leur juridiction, mais limitée; les grandes affaires se portaient à Rome devant le préteur. Adrien partagea toute l'Italie, à l'exception d'un district qui ressortissait immédiatement au préteur de la ville, sous le gouvernement de quatre consulaires. Sous Marc-Aurèle, les consulaires furent remplacés par des *juridici*, qui eurent le même pouvoir sans les mêmes honneurs. Les constitutions ne furent donc pas abolies, mais elles survécurent sous le pouvoir des gouverneurs impériaux, et il est vraisemblable que les règles de juridiction, en vigueur dans la Gaule cisalpine, prévalurent pour le reste de l'Italie, en restreignant de plus en plus les franchises municipales. Voici le système de la loi qui gouvernait la Gaule, *lex Galliæ*

cisalpinæ : le magistrat pouvait nommer un *judex* et instituer le *judicium;* dans quelques cas sa juridiction était illimitée; dans d'autres, comme dans le cas d'emprunt, quand la somme s'élevait au-dessus de mille cinq cents sesterces, il n'était plus compétent; il pouvait imposer caution, *propter damnum infectum*, et si elle n'était pas fournie, accorder une action en indemnité. D'autres dispositions spéciales, telles que la faculté de prononcer sur un *judicium familiæ herciscundæ*, attestent encore son pouvoir; enfin il avait l'*imperium*, et comme signe de sa haute dignité, le *tribunal*. Mais les magistrats des villes ne pouvaient garder long-temps cette autorité. Le Digeste et les écrits de Paul ne les désignent plus que sous le nom de *magistratus minores;* il n'y a plus ni *imperium*, ni *potestas*, ni *tribunal*.

La seconde magistrature des villes d'Italie était celle des préfets. Dans plusieurs villes ils remplaçaient les duumvirs. La règle était, que l'administration de la justice devait se rendre par des magistrats que les villes choisissaient elles-mêmes; mais, dans beaucoup de cités italiennes, c'était un *præfectus juri dicundo* nommé chaque année à Rome, et envoyé de Rome, qui exerçait la juridiction. Les villes qui les recevaient, les préfectures, ne se distinguaient des autres villes que par leur préfet, qui remplaçait le duumvir; elles

avaient leur sénat, nommaient les autres magistrats, étaient, les unes des municipes, les autres des colonies ; et quand nous voyons la même ville s'appeler tantôt municipe, tantôt préfecture, il n'y a dans cette alternative d'expression ni contradiction ni impropriété. La condition des citoyens, dans les préfectures, n'était pas inférieure à la condition des citoyens dans les municipes ; car alors comment Cicéron, citoyen d'Arpinum[1], eût-il pu devenir consul du peuple romain? C'est donc une grave erreur d'avoir soutenu, comme l'ont fait quelques écrivains, que les préfectures n'avaient pas de constitution, et que les citoyens y tenaient un état moins honorable que dans les municipes.

Une troisième magistrature était celle du *censor*, *curator*, ou *quinquennalis*, trois noms qui désignent le même emploi. Selon les temps et les lieux les noms ont changé. On se représentera assez bien cette magistrature, en réunissant ensemble la censure romaine et la questure. Le *curator* inspectait les constructions et travaux publics, affermait les domaines, et administrait les capitaux de la ville.

Ne quittons pas les magistrats des villes italiques, sans remarquer qu'ils pouvaient, en cer-

---

[1] Nous lisons dans Festus, qu'Arpinum et Pouzzoles étaient deux préfectures.

tains cas, déléguer leurs fonctions à des particuliers qui prenaient alors le nom d'*agentes vices* [1].

On pourrait croire que passer de l'Italie aux provinces, c'est se donner un spectacle différent; car enfin, avant d'être soumises à l'empire de Rome, elles avaient leur originalité, et, même sous le joug, elles durent en retenir quelque chose. Mais la domination impériale sut tout atteindre avec son despotisme et son uniformité. Ainsi les curies municipales s'introduisirent partout, avec de légères différences; ainsi la plupart des constitutions sur les décurions commencèrent à régir successivement plusieurs parties de l'empire, jusqu'à ce que le code théodosien les rendît généralement obligatoires. Voilà pourquoi ce que nous venons de dire sur le sénat des villes italiques, ses attributions et sa décadence, peut et doit s'appliquer aux provinces. Mais les magistratures offraient une grave différence. Selon les idées romaines, il y avait deux espèces de services publics : les uns conféraient une dignité et une distinction personnelle (*honor*), que les autres n'obtenaient pas (*munus*).

Les villes des provinces, comme les villes gauloises, avaient un grand nombre de charges de

[1] Pour compléter la liste des fonctionnaires des villes, il faut ajouter les personnes qui composaient la chancellerie. Leurs dénominations ont souvent changé.

ce dernier genre, *munera*. Elles avaient bien aussi des fonctions honorifiques (*honores*), surtout pour le culte et la religion ; mais elles n'eurent jamais de haute dignité comparable à celle des duumvirs d'Italie, qui, comme nous l'avons vu, administraient la ville et la curie, et rendaient la justice.

Cependant quelques villes des provinces, par une faveur particulière, jouissaient du *jus italicum*. Ce droit, qui ne conférait aucun privilége aux citoyens pris isolément, mais seulement à la ville elle-même, donnait d'abord la propriété quiritaire du terrain, *commercium*, et par voie de conséquence la capacité de la mancipation, de l'usucapion et de la vindication, ainsi que l'exemption des impôts fonciers. Ce n'est pas tout : les villes investies du *jus italicum* avaient une constitution libre, comme les villes italiques, des duumvirs, des *quinquennales*, des édiles, et surtout la juridiction : ainsi la juridiction n'appartenait qu'aux villes priviligiées. C'est ce qu'on voit clairement dans la Gaule cisalpine. Au moment où elle tomba sous la domination romaine, elle était composée de peuplades indépendantes (*civitates*), ayant toutes une constitution aristocratique. Peut-être même, sous l'empire de Rome, conservèrent-elles quelque temps un lien politique ; mais quand le système des décurions se développa et répandit l'uniformité dans les pro-

vinces, on ne peut plus croire à la durée de ces anciennes constitutions. Sans doute la noblesse gauloise dut se retirer et se maintenir dans la curie des villes capitales, et y conserver son crédit; mais il n'y avait plus de priviléges, et toutes les villes étaient soumises à la même dépendance et à la même législation, sous le gouverneur de la province. Plus tard encore, les villes gauloises n'eurent, pas plus que les provinces, de magistrature qui répondît à celle des duumvirs. Le code théodosien est précis sur l'organisation de la curie gauloise[1]; il statue que le premier des décurions devait diriger la curie, et se trouver ainsi à la tête des affaires municipales (*ordinis administratio*, *gubernacula urbium*, *curiam regere*); il s'appelait *principalis*. Quand il se retirait, et que son successeur naturel, le second après lui (*usque ad secundum evectus locum*), était trop vieux ou trop faible pour la gestion des affaires, le sénat faisait

---

[1] « Placuit principales viros e curia in Gallicis non ante discedere quam quindecennium in ordinis sui administratione compleverint.... Sane quoniam principalem locum et gubernacula urbium probatos administrare ipsa magnitudo deposcit, sine ordinis præjudicio, consensu curiæ eligendos esse censemus, qui contemplatione actuum omnium possint respondere judicio. Eum vero qui, usque ad secundum evectus locum, administrationem aut ætate implere aut debilitate nequiverit, suffragium meritorum et transactæ testimonium vitæ, tanquam primus constituto tempore curiam rexerit, obtinere conveniet. » 171. Cod. Th., de decur. (12-1.)

une élection, sans porter préjudice au successeur naturel, qui conservait la préséance et ses priviléges (*sine ordinis præjudicio*). Le *principalis* devait rester en charge toute sa vie, ou du moins ne se retirer qu'après quinze ans d'exercice, cas qui devait être fort rare pour le doyen du sénat. Il serait inexact de regarder le *principalis* comme un magistrat: le premier était à peu près ce qu'est aujourd'hui un président de collége; le magistrat, au contraire, avait une dignité particulière et personnelle. D'ailleurs, comment un magistrat, chez les Romains, eût-il pu exercer une charge à vie? Aussi on peut affirmer avec vraisemblance que le *principalis*, entièrement destitué du caractère de magistrat, n'avait pas la juridiction.

La juridiction dans les provinces appartenait au gouverneur, au lieutenant de l'empereur, qui l'exerçait ou en personne, ou par ses délégués. Exceptons toujours les villes qui jouissaient du *jus italicum* : elles avaient leur juridiction propre, avec l'appel au gouverneur.

Si les jurisconsultes classiques parlent souvent des magistrats municipaux, c'est une chose naturelle. Ils vivaient en Italie, où cette institution était générale. Par la raison contraire, les codes de Théodose et de Justinien, très explicites sur les décurions, sont presque muets à l'égard des magistrats municipaux : c'est que ces deux codes,

bien que compilés pour les deux empires, se rédigeaient dans les provinces, où les décurions étaient la règle, et les magistrats l'exception.

Les provinces se distinguèrent encore de l'Italie, par l'institution des *defensores*. Nous les trouvons pour la première fois, avec un caractère de permanence, en 365 : leur titre est *defensor civitatis*, *plebis*, *loci*. Ils n'étaient point élus seulement par les décurions, mais par la ville entière. Leur principale affaire était, ainsi que l'indique leur nom, la défense des villes contre l'oppression des gouverneurs. De plus, ils étaient investis d'une juridiction subalterne, qui, depuis Justinien, s'éleva à trois cents *solidi*. Ils avaient un *exceptor* et deux officiers. On appelait de leur jugement au gouverneur. Dans les affaires criminelles, ils n'avaient que l'instruction; mais Justinien leur permit de prononcer dans certains cas de peu d'importance.

Tels sont les principaux traits qui caractérisaient la magistrature, tant en Italie que dans les provinces. Il nous reste à jeter un coup d'œil rapide sur l'intérieur du sénat des villes. Le nombre legal des sénateurs paraît avoir été de cent, mais la règle n'était pas toujours observée. L'*album* des décurions distinguait les membres honoraires (*patroni*) des membres ordinaires. Les patrons étaient des décurions parvenus aux grandes di-

gnités de l'empire, ou d'illustres personnages que le sénat incorporait dans son sein par respect ou par orgueil. Voici l'ordre du sénat, tel que nous le trouvons dans l'*album* de la ville de Canusium, de l'an 223 :

30 *Patroni*, CC VV. (*id est, clarissimi viri*).
2 *Patroni*, EE QQ RR. (*equites romani*).
7 *Quiquennalicii.*
4 *Allecti inter quinquennales.*
22 *Duumviralicii.*
19 *Ædilicii.*
9 *Quæstoricii.*
21 *Pedani.*
34 *Prætextati.*

148.

Il ne nous reste plus, pour compléter ce tableau de l'Italie et des provinces, qu'à parler des attributions des gouverneurs impériaux et de l'administration de la justice. Les lieutenants de l'empereur furent institués d'abord dans les provinces, puis en Italie ; et les constitutions de Constantin les montrent partout, sans distinguer l'Italie des provinces. Seulement, quand une ville avait ses propres magistrats, ses rapports avec le gouverneur étaient autres et plus favorables. La séparation de l'administration civile et du pouvoir militaire étaient le principe fondamental de la consti-

tution de Constantin. Mais Justinien, à la fin de son règne, réunit les deux pouvoirs entre les mains d'un seul. L'administration civile appartenait à un lieutenant, qui s'appelait *rector*, *judex*; *judex ordinarius*. Il y avait trois classes de ces lieutenants : les *consulares*, les *correctores* et les *præsides*. Ils se distinguaient les uns des autres, par l'importance et l'étendue de leur gouvernement; mais le pouvoir était le même. L'autorité militaire était confiée, sous l'inspection des *magistri militum*, à des chefs appelés *duces*, et dont plusieurs portaient le nom de *comites*. Ces chefs n'étaient pas destitués de toute juridiction. Ils jugeaient les affaires criminelles, quand l'accusé était un soldat, et les affaires civiles, entre deux plaideurs, dont l'un était sous les drapeaux, et dont l'autre acceptait la justice militaire.

Maintenant il devient facile, d'après tout ce qui précède, d'exposer le système d'organisation judiciaire. Examinons d'abord la juridiction contentieuse. En Italie et dans les villes priviligiées, la première instance se portait devant les magistrats, et l'appel devant le gouverneur [1]. Dans les provinces, les gouverneurs eurent la juridiction de première instance, jusqu'au milieu du qua-

---

[1] Cependant le gouverneur jugeait, même en première instance, tant les personnes privilégiées que les affaires s'élevant à une somme qui nous est restée inconnue.

trième siècle, où ils furent remplacés dans ce degré, par les défenseurs des villes. Au reste, la forme de la procédure n'avait pas changé depuis l'ancienne république, et c'était toujours le même système. Le magistrat instruisait le procès, déterminait quel principe de droit était applicable, et rendait une décision conditionnelle. Alors un particulier, nommé pour l'affaire (*judex*), appréciait le point de fait, mettait en rapport cette appréciation avec le principe scientifique qui lui avait été donné par le magistrat, et de leur harmonie sortait un jugement définitif. Ce système s'appelait *ordo judiciorum privatorum*, et tout ce que le magisirat statuait, sans l'assistance du *judex*, se faisait *extra ordinem*. Cette procédure se pratiquait dans les municipes comme à Rome; mais, sous les empereurs, certaines affaires se jugèrent par les magistrats, sans l'intervention du *judex* (*extraordinariæ cognitiones*). Dioclétien abolit entièrement l'ancien système; les gouverneurs prononcèrent eux-mêmes dans toutes les affaires, et le *judex* n'était plus octroyé que par exception, quand les procès s'amoncelaient. Enfin, Justinien dit expressément que de son temps cette institution n'existait plus. On comprend maintenant comment, à Rome, deux préteurs suffisaient pour juger les procès des citoyens et des étrangers. Le concours du *judex* rendait seul la chose possible.

Mais comment, quand Dioclétien eut aboli l'institution, suffire aux affaires? Déjà, dans l'ancienne république, les préteurs avaient autour d'eux des jurisconsultes qui les conseillaient, surtout quand eux-mêmes n'avaient point fait une étude de la science du droit. Les empereurs, qui appelaient à eux toutes les affaires de l'empire, furent bientôt obligés de former, autour d'eux, une espèce de collége (*consistorium auditorium*), qui expédiait les affaires de tout genre, et décidait sur tous les points de droit déférés en dernière instance à l'empereur. Des empereurs, l'institution descendit aux lieutenants qui eurent aussi leur collége d'assesseurs. Ainsi on délibérait sur les affaires, à peu près, comme dans nos cours de justice, aveo cette différence que la décision dépendait toujours de la volonté du président. Les magistrats dans les municipes, les défenseurs dans les villes de provinces, durent imiter les gouverneurs, les décurions remplacer le *judex*, et la curie devenir une cour de justice.

La juridiction volontaire embrassait deux espèces différentes d'affaires : des actes solennels de l'ancien droit (*legis actiones*), et des actes de forme plus récente. Dans les premiers, il faut comprendre les *vindiciæ*, avec toutes leurs applications, la manumission, l'adoption, l'émancipation, qui formaient comme un système de droit

supérieur réservé aux magisirats du peuple romain, et pour lesquelles les magistrats des municipes et les défenseurs n'avaient pas la moindre capacité. Quant aux actes de forme nouvelle, ils datent du temps des empereurs. On commença dès lors, dans les affaires de tout genre, à dresser des protocoles devant les autorités publiques (*gesta*, *acta*). Ces protocoles devinrent même nécessaires pour les donations, pour la rédaction des testaments et leur ouverture. Ces actes étaient du ressort du gouverneur de la province, mais souvent, pour la facilité de la pratique, ils se faisaient devant la curie. D'après une constitution d'Honorius, les protocoles ne pouvaient se rédiger que devant un magistrat, trois *principales*, et un *exceptor*. Là où il n'y avait point de magistrats, les défenseurs présidaient à leur rédaction, dont nous pouvons nous faire une idée fort nette, d'après les documents qui nous restent : celui qui prenait l'initiative comparaissait en personne, et le protocole était un dialogue entre lui et le magistrat.

Voici les institutions de l'empire romain, au moment où il allait tomber. Mettons à côté d'elles les institutions et le droit de ses vainqueurs, et de ses maîtres, des barbares.

Quand les Goths, les Bourguignons, les Francs et les Lombards fondèrent des états nouveaux,

ils pouvaient disposer de plusieurs façons des Romains qu'ils avaient vaincus ; ils avaient le choix de les exterminer ou de les faire vivre à leur mode, en leur imposant leurs mœurs et leurs lois : ils ne firent ni l'un ni l'autre. Beaucoup de Romains furent chassés, mis à mort, ou réduits en esclavage; mais la ruine systématique de la nation entière n'entra jamais dans les desseins des barbares. Les deux nations, en se mêlant sur le territoire, gardèrent leurs mœurs et leurs lois, et c'est alors que le droit civil offrit l'opposition des lois personnelles avec le droit territorial. Nous autres modernes, nous partons du principe que le droit se détermine par le territoire. Vivre dans un pays, c'est soumettre à la législation de ce pays sa propriété et ses transactions civiles. La différence, qui distingue le citoyen de l'étranger, est faible, et l'origine nationale a peu d'influence. Il en était autrement dans le moyen âge : dans le même pays, dans la même ville, le Lombard suivait la loi lombarde, le Romain le droit romain. Même diversité chez les autres nations germaniques : le Franc, le Bourguignon, le Goth, vivaient ensemble dans le même lieu, soumis à un droit différent ; et c'est ainsi que s'explique ce que l'évêque Agobard écrivait à Louis-le-Débonnaire : « Il « arrive souvent que, de cinq hommes réunis « ensemble, pas un n'a la même loi. »

Mais ce droit personnel, qui dut être le résultat, non du hasard, mais de la nécessité, quand commença-t-il à prévaloir? Montesquieu a écrit[1] « que l'esprit des lois personnelles était chez les « barbares, avant qu'ils ne partissent de chez « eux, et qu'ils le portèrent dans leurs conquê- « tes; » et attribue cela à leur amour pour l'indépendance et la liberté. Il est singulier d'assigner de pareils effets à une pareille cause. Que le Germain, isolé dans une peuplade étrangère, ait désiré être jugé suivant le droit paternel, on le conçoit; mais comment le peuple étranger eût-il été forcé d'accéder à ce désir? Admettons même qu'il y eût eu tolérance de sa part, c'eût été amour de l'hospitalité et non de l'indépendance. D'ailleurs comment se tirer de la pratique? Si un Goth vivait chez les Bourguignons, qui pouvait lui rendre la justice suivant la loi des Goths? Certes, ce n'était pas les Bourguignons eux-mêmes : ils ignoraient cette loi. Et d'un autre côté, comment, dans un pays étranger, réunir des Goths en nombre suffisant? Il faut revenir à des idées plus vraisemblables. Le droit personnel n'a du être nécessaire et possible que dans le choc des peuples conquérants et des Romains vaincus; il dut s'établir dans tous les empires nouveaux fondés par

---

[1] Esprit des Lois, l. 28, ch. 11.

les barbares sur le sol romain. Ainsi, loi barbare, droit romain : voilà la législation. Dans l'origine de la conquête, les Germains eux-mêmes, hors de leur tribu et de leur empire, n'étaient pas jugés selon leur droit ; mais plus tard, quand les barbares se firent entre eux la guerre, les vainqueurs permirent aux vaincus, dans toute l'étendue de leur empire, de vivre selon leur loi, comme ils avaient fait à l'égard des Romains. Ainsi, dans le nord de la Gaule, au commencement de la domination des Francs, leur loi et le droit romain étaient seuls en vigueur ; mais sous les Carlovingiens nous voyons le droit des Visigoths, des Bourguignons, des Allemands, des Bavarois et des Saxons, avoir cours dans tout l'empire, et si nous ne parlons pas du droit lombard, c'est que l'Italie n'a jamais été une province de la monarchie des Francs.

Ainsi, à toutes les époques de la conquête, aussi bien dans les fureurs de la première invasion que dans l'orgueil d'une domination qui s'appesantit, le droit romain subsiste ; les témoignages historiques sont irrécusables. Chez les Francs, la loi salique, plus vieille dans sa rédaction que les autres lois barbares, en déterminant le taux de la composition pour le meurtre, distingue seulement deux classes de personnes : les Francs et les autres Germains, puis les Romains.

La loi ripuaire, moins ancienne, admet au contraire, à côté de la loi des Francs, le droit des Bourguignons et des *Alemanni*. En Italie, sous le règne des rois lombards, il était expressément enjoint aux notaires de rédiger leurs actes selon la loi romaine ou la loi lombarde. Il est clair qu'alors le droit romain jouait le rôle de droit personnel, tandis que le droit germanique, fort de l'épée du vainqueur, étendant sa domination sur les étrangers, était un véritable droit territorial.

Poursuivons. Les preuves abondent pour attester la persistance du droit romain. Chez les Visigoths, le *Breviarium*, compilation romaine, ne permet pas le doute le plus léger; chez les Bourguignons, la loi nationale était formelle sur la validité du droit romain, et plus tard les Bourguignons eux-mêmes autorisèrent la rédaction d'un livre de droit romain; chez les Français, l'existence de la loi romaine se prouve par la constitution de Clotaire de l'an 560. Plus tard, cent ans après (660), le principe des lois personnelles est expressément écrit dans les formules de Marculf. Enfin les capitulaires de Charlemagne et de Louis-le-Débonnaire reconnaissent le droit romain. En Lombardie, Luitprand ne connaissait que la loi lombarde et la loi romaine [1]; mais la

[1] *Lex romana*, *lex salica* : quelle est précisément ici la valeur

domination des Carlovigniens porta en Italie le système des lois personnelles avec la diversité de ses conséquences.

Le droit personnel établi partout, comment l'appliquait-on[1]? Il était de principe que chacun vécût selon le droit du peuple dont il descendait par son père. On exceptait de la règle les femmes, qui suivaient la même loi que leurs maris; les ecclésiastiques, qui, comme l'église elle-même,

---

du mot *lex*? *Lex salica* ne signifie pas, comme se l'imaginent plusieurs, le livre qui nous est parvenu, mais désigne l'ensemble vivant du droit national. Ce que nous en avons n'est qu'un mince extrait et un reflet fort triste de ce droit si curieux. *Lex* ne signifie donc pas telle ou telle loi, mais le droit même : ainsi, par analogie, *lex romana* veut dire droit romain, et répond toujours, dans la pensée de celui qui écrit ces mots, au recueil particulier de lois romaines qu'il connaissait. A ce propos, il est fort important de redresser une opinion qui s'appuie sur les autorités imposantes de Ducange, de Brenkmann et de Ritter : ils veulent que *lex romana* désigne exclusivement le *Breviarium*. Sans doute ce recueil avait les honneurs de cette dénomination, mais pas à l'exclusion de tous les autres; témoin le *Papien*, dont l'auteur ne connaissait pas le *Breviarium*, et où partout *lex romana* ne signifie pas autre chose que le droit romain en général. Ajoutez encore que les copistes du *Papien* intitulèrent ce code *Lex romana*. Un capitulaire de Charles-le-Chauve, de 865, se réfère à des dispositions du droit romain, *lex romana*, qui se trouvent dans les *Novelles*, et non dans le *Breviarium*. Enfin, pour terminer ce choix de preuves, une décision du synode de Troyes, de l'an 878, donne au droit justinien le nom de *Leges romanæ*.

[1] Lupi, auteur italien, est vraiment l'écrivain classique de la matière. Il a réfuté victorieusement les erreurs de ses devanciers, et M. de Savigny reconnaît s'en être presque toujours référé, sauf quelques modifications, à ses travaux.

observaient le droit romain; enfin, chez quelques nations, les affranchis. En Italie, où, comme nous l'avons vu, il y avait une grande variété de droits personnels, il passa en usage de spécifier dans les actes juridiques le droit des parties et des témoins. Au surplus, nous ne trouvons ces déclarations (*professiones*) qu'en Lombardie. Dans le cas où il y avait collision d'intérêts, entre des plaideurs de nations différentes, on ne sait pas bien ce qui se pratiquait. Cependaut on peut établir, avec les documents qui nous restent, que la composition pour les crimes se réglait d'après la loi de la partie lésée, qu'en matière civile le jugement était prononcé selon la loi du défenseur, et que dans les actes juridiques, pour les serments, les contrats et les testaments, on suivait la loi de celui qui faisait dresser l'acte. Néanmoins les Bourguignons testaient indifféremment, selon la loi bourguignonne ou romaine.

Le système des lois personnelles tomba peu à peu, et c'est ainsi qu'en Italie, les lois germaniques cédèrent la place au droit romain et aux statuts des villes, mais cette révolution fut longue à s'y accomplir. Chez les Francs, au contraire, le droit personnel, et partant le droit romain, perdit de fort bonne heure son autorité sur plusieurs points du territoire. D'où vint cette révolution si prompte? On sait, qu'à l'époque de la rédaction

du code civil, la France septentrionale se régissait par le droit coutumier, la France méridionale par le droit écrit. Les origines de cette diversité remontent fort loin. Une décrétale de 1220 parle de cette révolution, comme d'une chose depuis long-temps consommée : « *In Francia et nonnullis* « *provinciis laici romanorum imperatorum legibus* « *non utuntur.* » Nous trouvons le même témoignage, dans l'édit déjà cité de Charles-le-Chauve, de 864, et le passage est d'autant plus curieux, qu'il offre la preuve manifeste que le droit romain n'a jamais été infirmé par des lois positives : *Super illam legem* (*romanam*) *vel contra* « *ipsam legem nec antecessores nostri quodcunque* « *capitulum statuerunt, nec nos aliquid constitui-* « *mus.* » Mais en même temps la différence de législation est nettement marquée : « *In illa terra* « *in qua judicia secundum legem romanam termi-* « *nantur, secundum ipsam legem judicetur. Et in* « *illa terra in qua judicia secundum legem roma-* « *nam non judicantur, etc.* »

Pourquoi, se demande Montesquieu[1], le droit romain se perdit-il chez les Francs? « C'est à « cause des grands avantages qu'il y avait à être « Franc, barbare, ou homme vivant sous la loi « salique. Tout le monde fut porté à quitter le

[1] Esprit des Lois, l. 28, c. 4.

« droit romain, pour vivre sous la loi salique. » Cette explication n'est pas bonne, au jugement de notre auteur. D'abord, elle suppose la faculté de choisir arbitrairement le droit sous lequel on voulait vivre, chose invraisemblable et contredite par les sources sainement entendues; puis comment concevoir que, dans les contrées du midi, les Goths, les Bourguignons et les Romains, qui vivaient sous la domination des Francs, n'aient pas suivi l'exemple des habitants du nord et voulu partager les avantages d'un changement de législation? Il faut chercher plus haut les causes de cette révolution et les saisir au moment même de l'établissement des barbares. Dans le nord de la Gaule, où se fit la première invasion, les Francs se précipitèrent avec des hordes plus nombreuses, et furent, pour les habitants du sol, plus violents et plus tyranniques. Quand plus tard ils reculèrent les limites de leur empire, ils arrivèrent dans leurs nouvelles conquêtes moins nombreux et plus doux : aussi dans le nord les Francs eurent la prépondérance, les Romains la gardèrent dans le midi. Cela pourtant n'explique pas encore l'établissement du droit coutumier et du droit écrit : car il eût été plus naturel que, dans les contrées où il y avait peu de Romains, on leur laissât leur législation, sans les sacrifier à la majorité; c'eût été suivre l'esprit des institutions germaniques.

Mais ces institutions elles-mêmes disparaissaient avec les anciennes races, et de nouvelles nations sortaient peu à peu de tant d'éléments confondus et divers : comment alors le droit personnel qui puisait ses raisons dans la différence et la force des races, aurait-il duré? Les libertés barbares furent supplantées par la féodalité, et sous son régime les hommes n'appartenaient plus à telle ou telle race, mais à tel ou tel fief. Dans le nord, le droit féodal fut enté sur le droit germanique, et le droit romain, qui ne pouvait se prévaloir de la liberté des individus et des races, disparut. En revanche, il eut une autre destinée dans le midi : la race romaine y était nombreuse, et y maintint son empire.

Autre différence. Le nord de la France ne garda pas le moindre souvenir du droit primitif des races : ainsi le nom de la loi salique ne fut plus même prononcé, et des coutumes locales prirent la place du droit antique. Dans le midi, au contraire, le droit romain conserva toujours son ancienne forme et son unité, bien que la race romaine, aussi bien que la race des Francs, se fût perdue dans une nation nouvelle. Voici la raison de ce contraste. Le vieux droit germanique, étroit dans son originalité, raide, borné, ne put se faire à la moindre révolution, et même tenter de s'y fa-

çonner; tandis que le droit romain, riche de sciences et d'idées, vaste et souple à la fois, suivait sans fatigue et avec majesté les mouvements de la société, qu'il savait servir et satisfaire.

Mais avant de nous attacher aux destinées du droit romain pour ne plus les quitter, montrons quelles institutions les barbares apportèrent avec eux, et comment ils se rendaient la justice les uns aux autres. Plusieurs écrivains modernes, entre autres M. de Sismondi, nous représentent les barbares comme des brigands voués à la destruction de l'empire romain, sans patrie avant leur invasion, sans mœurs nationales et sans institutions. Cette vue légère et futile ne soutient pas l'examen. Avouons-le cependant, il nous est bien difficile de connaître ces institutions et ces mœurs : pas de monuments primitifs, et le peu que nous savons ne nous est arrivé, qu'à travers les idées, l'ignorance et les préjugés des Romains. Toutefois il est un moyen de rassembler plusieurs notions justes : il faut s'attacher aux documents authentiques qui suivent immédiatement l'invasion. Reconnaître quelles institutions pratiquaient unanimement les barbares, au moment même de leur établissement dans les différentes contrées, c'est recueillir autant que possible les traces de la véritable constitution germanique et de son esprit,

puisque cet esprit ne pouvait s'être éteint, dans un temps où les races conservaient encore leur indépendance et leur originalité.

Chez les Germains, la nation se composait de l'ensemble des hommes libres, qui avaient seuls toute la puissance et tous les droits. La constitution politique reposait sur la division du territoire en districts ou cantons, qui s'appelaient *gau*. Chaque *gau*, dont les hommes libres formaient entre eux une association locale, avait à sa tête un comte qui menait les hommes libres aux guerres nationales, et présidait les jugements, sans avoir voix décisive. La décision appartenait à tous les hommes libres du *gau*. Ils appliquaient le droit et prononçaient sur le cas proposé, tantôt en assemblée générale, tantôt individuellement. Sous Charlemagne cela changea. On choisit des hommes libres pour leur conférer le droit et le devoir de juger, sans cependant exclure tous les autres. Ces hommes libres appelés à juger, nous les appellerons *échevins*; dans les lois et les documents on leur donne le nom de *scabini*.

Les hommes libres, dans toutes les races germaniques, étaient le fondement de la société et de la constitution. L'état de l'homme libre est bien caractérisé par l'expression dont s'est servi Mœser, *ehre*: c'est le *caput* des Romains. Les hommes libres avaient aussi la propriété par ex-

cellence : c'est encore comme le *dominium ex jure Quiritium* des Romains. Chez les Lombards, les hommes libres s'appelaient *arimani ;* chez les Francs, *rachimburgii*, *boni homines*. Les Frisons, les Angles et les Saxons avaient sans doute aussi leurs hommes libres, mais on en sait fort peu de chose.

Les échevins, *scabini*, étaient institués partout sous Charlemagne. Sous la présidence du comte, de son substitut, ou l'un des *missi dominici*, ils rendaient la justice. A coup sûr, cette institution n'était chez les Germains ni antique ni primitive; le mot de *scabini* ne se trouve nulle part avant Charlemagne, et l'on doit tenir pour certain, qu'originairement tous les hommes libres jugeaient. Mais quand les Francs, gouvernés, et répandus dans une vaste monarchie, eurent perdu le sens et l'esprit de leurs mœurs barbares, ce qui était une prérogative put paraître un fardeau, et le droit de juger ses pairs dut être confié à une élite d'hommes libres, choisis par le peuple, pour qui ce droit devenait une obligation et un ministère. Les échevins jugeaient, à la fois, le fait et le droit, et devaient être de la même nation que les parties, pour leur faire justice selon leur loi. Voilà les attributions des échevins nettement tracées. Nous sommes moins heureux à l'égard des sachibarons. Etait-ce, comme le veut Eich-

horn, des associés des échevins, qui fixaient la règle du droit, pendant que ceux-ci appréciaient le point de fait[1]? Mais dans les documents et les formules, les sachibarons ne sont jamais nommés à côté des échevins. Deux faits précis doivent donner à nos conjectures une autre direction. La loi accordait au sachibaron une composition égale à celle du comte, et les jugements étaient prononcés devant lui comme devant le comte. Ne peut-on pas en inférer que, pour contrebalancer l'élection populaire et le pouvoir du comte, les rois instituèrent les sachibarons, dont on s'expliquerait ainsi la courte apparition dans l'histoire, car ils durent disparaître dès que les rois nommèrent eux-mêmes les comtes?

---

[1] Voyez Eichhorn, Deutsche Staats und Rechtsgeschichte, t. I, p. 222, 3e édit. M. de Savigny n'a pu citer que la première édition. Au reste, pour connaître véritablement les institutions et le droit germanique, les recherches de M. de Savigny, quelque excellentes qu'elles soient, ne suffisent pas : il faut réunir et comparer les travaux que l'Allemagne a accumulés sur la matière, entre autres, et en première ligne, ceux de Mœser, Eichhorn, Rogge et Grimm. Nous possédons en France les *Essais sur l'Histoire de France*, de M. Guizot, où se trouvent traitées et approfondies toutes les grandes questions historiques depuis le cinquième jusqu'au dixième siècle. Il est indispensable, si l'on veut faire une étude sérieuse, tant des institutions municipales romaines que des barbares, de leurs invasions, de leurs lois, de leurs mœurs, de leurs tribus, de comparer les résultats auxquels est arrivé M. Guizot dans son bel ouvrage, avec les opinions, tant de M. de Savigny que d'autres écrivains allemands.

Les comtes, nous l'avons déjà dit, présidaient les échevins quand ils rendaient la justice, et menaient les hommes libres aux guerres nationales. Dans l'origine, ils furent nommés par le peuple; mais depuis la conquête des pays romains, qui affermit chez les barbares le pouvoir royal, ils furent les délégués immédiats du roi, qui les nomma et leur confia l'autorité civile. *Grafio* était leur nom barbare chez les Francs; *comes* en dut être la traduction romaine. Leur substitut, qui jugeait les petites affaires, s'appelait *tunginus* ou *centenarius*. Ils avaient encore d'autres substituts extraordinaires. L'institution des comtes est générale chez les barbares. Vous les trouvez chez les Saxons, les Bavarois et les Visigoths. Le caractère commun de l'institution, chez les différentes races, est la réunion de la juridiction civile et du commandement militaire. Les Anglo-Saxons et les Lombards la possédaient aussi, mais avec des combinaisons et des différences qu'il faut étudier dans leur histoire.

Que devinrent le droit romain et les institutions romaines, au moment de la conquête, quand ils reçurent le choc des institutions barbares, et que vainqueurs et vaincus se mêlèrent? Les changements durent atteindre surtout les pouvoirs supérieurs. Ainsi dans les Gaules et en Italie, les recteurs des provinces romaines furent rem-

placés par les comtes germaniques. Mais quel fut le sort des institutions municipales, avec leur sénat, leurs duumvirs ou défenseurs, et leur juridiction? Jusqu'à présent pour la France, on s'est partagé; quant à l'Italie, on a tenu leur destruction pour certaine. N'adoptant ni l'une ni l'autre de ces deux opinions, M. de Savigny professe que le régime municipal n'a été nulle part aboli par la conquête.

Les Germains, nous le répétons, ne songèrent jamais ni à exterminer les Romains, ni à les façonner à leurs mœurs. En veut-on la preuve? L'ascendant qu'obtint la langue latine, dans les langues nouvelles qui sortirent de cet amalgame de nations, et la conservation du droit civil romain, la fournissent complète. Et si le droit romain a survécu, cette durée n'implique-t-elle pas à son tour la durée d'une partie au moins des institutions judiciaires, car sans elles comment l'eût-on pratiqué? Au surplus, la juridiction civile des villes romaines pouvait s'adapter facilement à la constitution germanique. Il y avait assez d'analogie entre le *duumvir* et le *defensor* d'un côté, et le *centenarius* et le *scultetus* de l'autre; et ces magistratures inférieures, qui faisaient les affaires des vaincus et des vainqueurs, étaient subordonnées à l'autorité du comte qui régissait les barbares et les Romains. Les décurions et les

rachimbourgs se ressemblaient en quelque chose, et peut-être même le décurionat romain n'a-t-il pas été étranger à l'institution des *scabini* élus et permanents, tels que nous les avons vus chez les Francs. A coup sûr les Germains, qui n'aimaient pas les villes, n'eurent de long-temps rien de commun avec le régime municipal; et le mot *habitator*, qu'on trouve souvent dans les chartes du huitième et du neuvième siècle, peut bien désigner les Germains qui séjournaient accidentellement dans les villes. Quand ils devinrent plus nombreux, ils formèrent entre eux des communautés semblables à celles des Romains; plus tard ils se réunirent à eux, et les vainqueurs et les vaincus ne formèrent plus qu'une grande communauté composée de deux éléments distincts, sous la direction du collége des échevins germaniques et de l'*ordo* des Romains. Ainsi se fit le mélange qui devait produire des nations nouvelles; c'est par là que les races germaniques et la nation romaine se touchèrent et se confondirent: tel est le point d'origine et de naissance de la moderne Europe. Maintenant, parlons successivement de chaque peuple barbare.

Nous savons comment les Bourguignons se partagèrent les terres, mais sur leur constitution nous n'avons pas de documents contemporains de la conquête. On parle des comtes dans la pré-

face des Lois bourguignonnes, mais pas un mot du régime municipal des villes; et cependant il faut croire à son existence, tant à cause de ce que nous avons dit, que du témoignage d'Avitius, archevêque de Vienne, mort en 525. Ce prélat dit expressément que, du temps de son prédécesseur, la *curie* de Vienne se composait d'un grand nombre d'hommes illustres.

Chez les Visigoths, au contraire, le *Breviarium*, code romain rédigé en 506, cent ans après la conquête, atteste le maintien des institutions des vaincus. Il se compose de deux parties, de passages même du droit romain, et d'une interprétation. Le droit romain du *Breviarium* donne peu de lumière sur la constitution; l'*interprétation*, au contraire, éclaire tout le droit public, surtout quand elle s'éloigne du texte et qu'elle nous livre l'esprit même du temps. Toutes les vraisemblances historiques que nous avons posées plus haut, sur la durée des institutions romaines, sont confirmées par ce commentaire. On y voit le régime municipal avec sa juridiction et ses décurions, et le *judex*, mot qui désigne tantôt le comte des Goths, tantôt le *duumvir* ou le *defensor* des Romains. Plus tard les rois visigoths, voulant fondre entièrement les romains dans leur peuple, défendirent la pratique du droit romain. Néanmoins, après cette défense, nous voyons encore le *judex*

et le *defensor* nommés dans les lois nationales.

Les preuves abondent pour attester, chez les Francs, la conservation des institutions municipales. Il faut en voir, dans notre auteur, l'exposition lumineuse, car nous ne pouvons ici que livrer rapidement les grands résultats[1].

Le premier joug que subit l'Italie fut celui d'Odoacre et des Hérules; mais ils ne firent que passer, sans, pour ainsi dire, avoir le temps de gouverner. Vinrent les Ostrogoths, dont la domination fut forte et glorieuse. Le nom de Théodoric, comme celui de Charlemagne, a été immortalisé, par l'histoire et la poésie. La constitution des Ostrogoths, qui se distingue de celle des autres barbares, respecta les institutions romaines. Sur le régime municipal, Cassiodore rend un témoignage formel. Il éclaircit aussi la juridiction. Les procès entre Romains se jugeaient d'après l'antique procédure; ceux des Goths entre eux se décidaient au tribunal de leur comte; enfin les procès des Romains avec les Goths étaient jugés par le comte, mais avec l'assistance d'un jurisconsulte romain.

---

[1] N'oublions pas que Dubos s'est assez, sur ce point, rapproché de la vérité. M. de Savigny le reconnaît; mais il remarque que ses successeurs, le comte du Buat et Moreau, ont décrédité cette vérité par les excès et les hypothèses auxquels ils se sont livrés. Leur adversaire le plus imposant est Mably.

Les Goths furent chassés de l'Italie par les Grecs, qui, à leur tour, furent expulsés par les Lombards, et ne purent conserver que Ravenne avec l'exarchat et la Pentapole, Rome avec son duché, et quelques portions de l'Italie inférieure. Vers le milieu du huitième siècle, ils perdirent même Rome et l'exarchat. Sous les Grecs, la constitution intérieure de l'Italie se maintint, témoin la division du pouvoir civil et du commandement militaire. Les chartes originales que nous avons de ce temps, et dont Marini s'est fait le savant éditeur, établissent clairement la durée du régime municipal avec sa juridiction; les Lettres de Grégoire-le-Grand en déposent encore : ainsi au septième siècle l'Italie était entièrement romaine.

Mais que devint-elle sous les Lombards? Et d'abord, pour que les institutions aient duré, il faut que les vaincus aient été respectés. Or, sur la destinée des Romains à cette époque, deux systèmes se combattent. Maffei prétend que les Lombards n'entrèrent dans le pays qu'en petit nombre, et que la race italienne s'est conservée jusqu'à nos jours, presque dans toute sa pureté. Lupi veut, au contraire, que les Lombards aient tout exterminé, en n'épargnant que le menu peuple, et que les Romains d'aujourd'hui ne soient que des Lombards. Il y a excès des deux côtés. Cependant Maffei est plus près de la vérité. Déjà,

à défaut de toute autre preuve, le grand nombre d'origines romaines, qui ont prévalu dans la langue italienne, démentirait le système de Lupi. Mais la conduite des Lombards, qui imitèrent les Ostrogoths dans leur manière de partager les terres, et qui laissèrent ainsi aux vaincus une grande partie de leurs biens, le réfute victorieusement. Si la conquête, après avoir partagé les terres, abolit les pouvoirs supérieurs de la constitution romaine, il faut tenir pour constant que le régime municipal survécut [1]. La liberté continua d'exister sous les Lombards, obscure, il est vrai, sans gloire, et comme destinée seulement à préparer l'avenir de générations plus courageuses. Elle produisit ces constitutions libres du douzième siècle, qui ressemblent si parfaitement aux municipalités romaines, et dont on ne saurait s'expliquer l'apparition, si on ne les rattache à ces institutions antiques, que le temps avait bien altérées et obscurcies, mais non pas abolies.

Le droit romain survécut donc à la conquête, avec ses institutions municipales et judiciaires; mais fut-il, dans ces mêmes temps, enseigné dans

---

[1] Nous ne saurions suivre M. de Savigny dans la réfutation des opinions contraires de Sigonius, de Maffei, de Fumagalli, de Lupi, de M. de Sismondi et de Spittler, non plus que dans la déduction ingénieuse des preuves positives que lui fournit son érudition.

des écoles, et la théorie se sauva-t-elle aussi heureusement que la pratique? Au temps d'Ulpien, le droit s'enseignait surtout à Rome, et les professeurs y jouissaient de certaines immunités. En 425, il fut fondé une école publique à Constantinople, composée de trente et un professeurs, dont vingt-huit devaient enseigner la langue et la littérature romaines, un seul la philosophie et deux la science du droit. Un siècle plus tard, en 533, Justinien publia sa célèbre constitution *ad antecessores*, par laquelle il abolit toutes les écoles de droit, à l'exception de celles de Béryte et des capitales de l'empire, c'est-à-dire de Rome et de Constantinople. Ainsi voilà trois écoles pour un immense empire. A coup sûr l'enseignement n'était pas la seule voie, pour arriver à la connaissance du droit; elle s'acquérait par la pratique. Dans les villes romaines, les sénateurs, comme les échevins chez les Germains, entretenaient cette connaissance par le maniement des affaires, et la transmettaient à leurs successeurs. Le notariat fut encore un moyen de propagation: les *tabelliones* et les *notarii* recueillirent l'héritage des jurisconsultes de l'ancienne Rome, qui avaient toujours eu, dans leurs mains, les actes de la juridiction volontaire; ils copièrent machinalement des formules qu'ils n'entendaient pas, et nous transmirent ainsi des témoignages précieux; seu-

lement, il ne faut pas croire légèrement à l'application réelle et pratique de ces formules et de ces idées, qui souvent ont perdu leur sens et leur valeur.

Enfin, nous arrivons aux sources et aux monuments mêmes du droit romain, pendant les temps de conquête et d'établissement des barbares. Nous examinerons à la fois et les nouveaux codes, rédigés pour les vaincus, et les lois des vainqueurs.

Le droit romain a eu, chez les Bourguignons, une durée positive et puissante. Les lois bourguignonnes, recueillies par Gondebaud, et augmentées par son fils Sigismond, nous en offrent en plusieurs endroits les doctrines et l'esprit. Il n'y a pas de passages textuellement cités, mais on reconnaît que les rédacteurs ont dû avoir sous les yeux le *Breviarium* des Visigoths, avec son interprétation. Quand les Francs conquirent la Bourgogne, ces lois ne périrent pas, et prévalurent toujours comme droit personnel ; au neuvième siècle on en parlait encore, et Agobard écrivait à Louis-le-Débonnaire que peu d'hommes suivaient la loi bourguignonne, que ce droit était compliqué, difficile à entendre ; il priait l'empereur de l'abolir, et de soumettre aux lois des Francs le peu de Bourguignons qui restaient.

Vers le milieu du seizième siècle, Cujas publia

un petit ouvrage, souvent réimprimé depuis, et qui porte, dans toutes ses éditions, le nom de *Papiani liber responsorum* ou *Papiani responsum*. Ce petit ouvrage est le code romain que la préface des Lois bourguignonnes, en 517, promettait aux vaincus. Nous avons de ce fait une preuve sans réplique : c'est la concordance des titres, entre la loi bourguignonne et le Papien, et l'insertion presque littérale de quelques titres du Papien, dans le premier supplément des lois bourguignonnes. Cujas a le premier découvert l'origine bourguignonne du Papien; Lindenbrog a exposé la découverte avec lucidité; Heineccius l'a confirmée, par une solide démonstration. Le Papien [1], composé de quarante-sept titres, a été rédigé, tant d'après le *Breviarium* des Visigoths, que d'après les sources mêmes de l'ancien droit; il est précieux pour l'histoire de la législation, et jusqu'ici il n'a été exploité que d'une manière peu féconde.

[1] Il ne faut attacher aucun sens à ce nom de Papien, et surtout se garder d'attribuer ce livre au classique Papinien. Cujas, dans l'enthousiasme de sa découverte, était d'abord tombé dans cette erreur; mais il l'a rétractée, en l'attribuant à un jurisconsulte bien postérieur, nommé Papien. Mais ce Papien n'a jamais existé, et ce nom n'est que la corruption du nom de Papinien, dont il se trouvait un passage à la fin des manuscrits complets du *Breviarium*. M. de Savigny conjecture, non sans vraisemblance, que c'est cette circonstance qui a fait tomber Cujas dans sa double erreur.

Chez les Visigoths, la rédaction d'un code romain précéda la collection des lois gothiques. Alaric rassembla un collége de jurisconsultes romains, qui rédigèrent, en 506, dans la ville d'Aire en Gascogne, le *Breviarium alaricianum*[1]. L'ouvrage fut soumis à une réunion de Romains, moitié évêques, moitié laïques, qui l'approuvèrent. Le roi fit envoyer à chaque comte une copie signée par Anianus, son référendaire, et il leur adressa en même temps un rescrit (*commonitorium*), pour leur enjoindre la stricte observation de la loi romaine, sous les peines les plus sévères. Les rédacteurs du code puisèrent aux deux grandes sources du droit romain, les constitutions des empereurs (*leges*), et les écrits des jurisconsultes (*jus*). Ils ne suivirent pas la méthode des compilateurs du Digeste; les ouvrages ne sont pas morcelés, et sont distribués dans l'ordre suivant :

1. Code théodosien, 16 livres.
2. Novelles de { Théodose. Valentinien. Marcien. Majorien. Sévère.
3. Institutes de Gaïus.
4. Paul, Sentences, 5 livres.

---

[1] Ce titre fut donné à l'ouvrage dans le seizième siècle.

5. Code grégorien[1], 13 titres.
6. Code hermogénien, 2 titres.
7. Un passage très court de Papinien, lib. 1, *Responsorum*.

Les compilateurs du *Breviarium* ont extrait et interprété tous ces ouvrages, mais sans changer le texte même; Gaïus seul a été altéré. Il est triste que, pour leur travail, qui n'est pas sans valeur, ils aient si mal choisi parmi les sources de l'ancien droit. Dans leur collection, le nom de Papinien est à peine prononcé, Ulpien n'est pas même nommé, Gaïus y est fort amoindri; Paul seul nous est transmis tout entier, dans l'ouvrage le plus médiocre qu'il ait composé, et le plus mauvais peut-être de toute la jurisprudence romaine.

Nous avons un recueil des lois des Visigoths, qui forme un ouvrage en douze livres : il contient deux espèces de lois, celles qui sont attribuées à un des rois, à *Chindaswind*, à son fils *Receswind*, et celles d'une origine inconnue, qui ont reçu le nom d'*antiqua*[2]. Ces lois importent à l'histoire du droit romain, tant parce qu'elles lui firent des emprunts que parce qu'elles l'abrogèrent. Puisant

---

[1] Les codes grégorien et hermogénien sont classés parmi les écrits des jurisconsultes (*jus*), parce qu'ils ont été rédigés sans la sanction du pouvoir impérial.

[2] Voyez, dans la *Revue française*, un fragment historique sur la législation des Visigoths, par M. Guizot.

uniquement dans le *Breviarium*[1], elles en prirent plusieurs principes, soit textuels, soit en les modifiant. Au milieu du septième siècle, elles régnèrent seules, et abrogèrent le droit romain, dont elles craignaient sans doute la formidable rivalité. Ainsi périt, chez les Visigoths, le principe du droit personnel, et le droit territorial prévalut. Au treizième siècle, Alphonse X remit en honneur les livres de Justinien, qui de Bologne s'étaient déjà répandus dans l'Europe entière; il fit même composer un nouveau code (*partidas*) presque entièrement fondé sur le droit romain, et favorisa l'enseignement de la science.

Chez les Francs, le droit romain ne reçut pas de forme nouvelle, de rédaction particulière, ce qui est fort naturel : les lois qui existaient, avant l'invasion, suffisaient bien aux besoins de la pratique. Mais nous trouvons les traces incontestables de la législation romaine, dans les lois barbares, dans les actes faits à cette époque, dans plusieurs renseignements sur l'étude du droit romain, et même dans quelques ouvrages sur la matière.

---

[1] On a voulu que la législation de Justinien ait été mise aussi à contribution; mais, outre l'invraisemblance de pareils emprunts quand on avait le *Breviarium* sous la main, le silence que dans tous ses ouvrages Isidore garde sur le droit de Justinien n'est-il pas péremptoire ?

Les lois des Francs se partagent, en lois d'un peuple particulier et en capitulaires. Les lois des Bavarois, des *Alemanni* et des Ripuaires, sont empreintes en certains endroits de l'esprit romain. Les capitulaires, c'est-à-dire les lois des rois francs, qui n'étaient pas uniquement destinées à une seule nation, et qui nous sont parvenues, tantôt isolées, tantôt rassemblées dans des recueils, reproduisent plusieurs principes de la législation romaine, surtout les trois livres si mal rédigés, au neuvième siècle, par Benoît Lévite, qui s'aida du *Breviarium*, du code Théodosien, du code de Justinien, et de la traduction des Novelles par Julien.

Les actes que faisaient les particuliers, chez les Francs, témoignent de la pratique du droit romain. En les comparant, il faut distinguer les provinces dans lesquelles ils furent rédigés, et étudier les modifications diverses que subissait, en s'appliquant, la législation des vaincus.

Il n'y avait pas d'école pour l'enseignement du droit romain, mais il est probable qu'il s'enseignait dans les écoles de grammaire. Plusieurs personnages sont cités par les historiens du temps, comme savants dans la jurisprudence romaine. Ce qui est plus décisif, ce sont les travaux des écrivains du temps sur le *Breviarium* des Visigoths, surtout les formules de Marculf, et celles

qu'ont publiées Sirmond, Baluze et Lindenbrog, où l'on voit si souvent les traces du *Breviarium*. Enfin voici un ouvrage même sur le droit romain, *Petri exceptiones legum romanarum*[1], qui fut vraisemblablement rédigé en France, dans les environs de Valence, vers le milieu du onzième siècle, avant l'école de Bologne, dont il n'a, en aucune façon, la manière et la méthode. C'est un systme de droit, et surtout de droit romain, divisé en quatre livres, dont le premier contient le droit des personnes, le second les contrats, le troisième les délits, et le quatrième les procédures. L'auteur, dont nous ne connaissons que le nom de *Pierre*, y montre une connaissance approfondie des sources et une singulière indépendance d'esprit. Certes il est supérieur aux premiers essais d'Irnérius et de son école. Il s'est servi des Institutes, des Pandectes, du Code, et de la traduction des Novelles par Julien.

Quand en Angleterre la domination romaine tomba, les traces qui restèrent du droit romain furent si faibles, qu'on a bien pu les méconnaître. Cependant, en y regardant de près, les lois nationales en ont retenu parfois quelque chose, et le droit romain, s'il n'était pas pratiqué, était

[1] *Exceptio* avait, au moyen âge, le sens d'extrait. M. de Savigny a donné une édition de l'onvrage à la fin du second volume de son Histoire.

considéré comme une science nécessaire à la culture de l'esprit[1].

L'Italie reçut, en 500, l'édit de Théodoric, qu'il fit pour les Goths et les Romains. Il voulait fondre les deux nations, laisser aux barbares la supériorité militaire, mais étendre sur tout son empire la civilisation romaine. Aussi, il modifia beaucoup le droit antérieur des Goths, sans cependant l'abolir. Mais les sources de l'édit sont toutes romaines : c'est la même division que dans le *Breviarium* ; la plus grande partie en est prise dans les sentences de Paul, qui étaient comme le manuel pratique de l'époque. Quant à la rédaction, il est impossible d'en dire quelque bien ; les sources sont confondues et souvent méconnaissables. Cependant, à cette époque, le droit était étudié et compris, témoin Boëce, qui, dans ses ouvrages, se sert des jurisconsultes classiques et les entend. Mais ce qui manquait à ce temps, c'était la puissance d'ordonner les idées, de les généraliser, de faire un système, un code. En 554, Justinien, maître de l'Italie, la soumit à sa législation ; l'édit de Théodoric fut bientôt oublié, et laissé au reste des vaincus. Nous avons de ce temps quelques travaux juridiques, les scholies sur les Novelles de Julien, le *Dictatum de consi-*

[1] Il faut consulter principalement, sur l'histoire du droit en Angleterre pendant le moyen âge, la dissertation de Selden *ad Fletam*.

lariis, la *Collectio de rectoribus*. Rome, Ravenne et l'exarchat, qui restèrent quelque temps aux Grecs, pendant la domination des Lombards, conservèrent le droit romain.

Les Lombards ne firent pas plus que les Francs de code nouveau, pour leurs sujets romains: les livres de Justinien étaient assez riches, pour les dispenser du travail d'auteur. Il ne reste à l'historien qu'à recueillir, dans les lois nationales, les documents, les actes et les écrivains, des témoignagnes de la durée du droit romain. Il y a deux collections des lois lombardes: l'une chronologique, l'autre systématique, appelée *Lombarda*. Leur contenu est le même; la méthode seule diffère. Ces lois sanctionnèrent la validité du droit romain et lui empruntèrent plusieurs principes. Les documents et les actes abondent ici plus qu'ailleurs pour attester la puissance positive des lois romaines. Sans nous y arrêter, passons aux écrits composés sur le droit romain dans le royaume lombard. En 900, le *Breviarium* reçut une nouvelle rédaction, plus commode aux Romains-Lombards, et il prit alors le nom de *Lex romana utinensis.* Ce nouveau travail est fort mauvais. Viennent ensuite des *Quœstiones ac monita*, dont Muratori a donné une édition, qui furent écrits en 1000, et qui prouvent la connaissance complète de toutes les parties du droit

de Justinien. Des gloses sur les lois lombardes, qui appartiennent à cette époque, donnent la même certitude. Enfin nous avons, du même temps, un ouvrage connu depuis plusieurs siècles sous le nom de *Brachylogus*, qui fut composé dans l'Italie lombarde. Plus moderne que le code *Utinensis* et que les *Quæstiones ac monita*, il leur est supérieur, bien que lui-même ait peu de valeur. On a beaucoup varié sur son époque précise; on a voulu tantôt le faire remonter au temps de Justinien, tantôt le faire descendre au seizième siècle; mais on a une preuve positive qu'il ne peut être plus ancien que Louis-le-Débonnaire, et s'il a été écrit au commencement du douzième siècle, peut-être Irnérius en est-il l'auteur. C'est une exposition systématique du droit romain, faite sans talent sur les livres de Justinien, mais elle a pour l'histoire du droit un prix véritable. Ainsi le droit de Justinien a toujours existé chez les Lombards. Si, depuis Charlemagne, le *Breviarium* pénétra en Lombardie, et subit la métamorphose que nous savons, les autres sources du droit ne conservèrent pas moins leur autorité, sans que les rois songeassent à l'abolir.

Jusqu'ici nous n'avons pas parlé de l'église: c'est que l'église était, pour toute l'Europe, un corps universel et particulier, qui s'en distin-

guait profondément, pour subsister à part et la dominer de son esprit. Aussi, pour l'église, le type universel l'emporte toujours sur le caractère local; et ici particulièrement il n'y a pas à relever de différence de pays et de race; partout l'église cultiva le droit romain et se dirigea d'après ses principes. Nous en voyons la preuve dans des morceaux isolés, tels que les lettres de Grégoire-le-Grand, un écrit d'Agobard, les lettres du pape Jean VIII, les ouvrages de l'évêque Hincmar, et d'autres documents; enfin, dans les collections du droit canonique.

Là, se termine la première et la plus importante partie du livre de M. de Savigny. Voilà donc fournie la démonstration éclatante de la durée du droit romain, pendant et après les conquêtes des barbares; il est clair que le droit romain, puisqu'il n'a pas péri, est devenu un des éléments de notre monde moderne, et que, s'associant aux établissements barbares et au christianisme, il a été comme eux un des fondements de notre constitution politique et légale. Tel est le fait qu'il est légitime de dégager de toutes les preuves accumulées par M. de Savigny.

Un autre spectacle nous attend: c'est l'histoire du droit romain depuis le douzième siècle. Ici, plus de révolutions politiques, le caractère scientifique domine, et l'histoire purement littéraire commence.

GESCHICHTE

DES

ROEMISCHEN RECHTS

IM MITTELALTER, ETC.

HISTOIRE

DU DROIT ROMAIN

PENDANT LE MOYEN AGE,

PAR M. DE SAVIGNY.

Quatre volumes. — Heidelberg, 1814-1826.

Nous avons retracé l'existence politique du droit romain pendant le moyen âge; nous passons à sa rénovation scientifique. Jusqu'au douzième siècle, il n'avait subsisté que comme législation positive des vaincus, et n'avait été un des éléments de la civilisation du moyen âge que pour la pratique des affaires et de la vie

civile. Mais, au douzième siècle, il eut des écoles, devint une théorie, et partagea avec la théologie et la scolastique le domaine de la science. Fait unique dans l'histoire! la législation morte d'un peuple détruit va devenir pour l'Europe entière une science politique et sociale, dont la théorie sera aussi nécessaire et aussi florissante que la pratique. C'est surtout la France qui, depuis le moyen âge jusqu'à la fin du dernier siècle, n'a pu échapper à l'esprit romain, et qui, malgré l'originalité du génie national, en porte l'empreinte dans sa littérature et dans ses lois : ainsi nous allons sans effort de Virgile à Racine, de Tacite à Montesquieu, et nous avons commenté la plus grande partie de notre droit civil, à l'aide des décisions de Papinien et des travaux de Cujas.

L'origine, le commencement et les premiers temps de la culture scientifique du droit romain en Europe, tel est le sujet de la seconde partie du livre de M. de Savigny, qui dès lors devient une véritable histoire littéraire. Il est curieux d'observer les procédés qu'y emploie l'érudition de l'auteur. Jusqu'à présent nous n'avons en France aucune idée de pareils travaux, si pénibles à faire, si précieux à consulter. D'abord, M. de Savigny commence par dresser un vaste catalogue critique de toutes les sources proprement

dites, et de tous les ouvrages composés sur la matière. Cela fait, il ne craint pas de consacrer un demi-volume à l'histoire des premières universités du moyen âge et de leur constitution; arrive aux glossateurs; expose à quelles sources du droit romain ils purent puiser, quels matériaux ils eurent entre les mains; examine d'une manière générale leur influence et leurs travaux comme professeurs et comme écrivains; enfin, les prenant un à un, écrit leur biographie. Ce dernier travail, qui remplit entièrement le quatrième volume, traite d'une manière si explicite des particularités et des détails qui semblent d'abord étrangers à la science du droit, que, même en s'adressant à l'Allemagne, M. de Savigny a cru devoir le faire précéder de quelques explications, qui ressembleraient presque à une apologie. Il expose comment, dans la science du droit, l'histoire littéraire est nécessaire à l'histoire dogmatique. Quand, dans l'histoire d'une science, on veut comparer le caractère et l'originalité des différentes époques, on a deux points de vue à choisir : on peut ou étudier les découvertes positives de chaque siècle; ou, indépendamment des résultats précis, s'attacher à connaître quel fut le caractère de la science à chaque époque, et comment elle se manifesta dans les hommes les plus remarquables. Quelquefois, il

est vrai, ces traces précieuses disparaissent, effacées par les révolutions; et cependant combien il serait utile de ne pas les perdre! Chaque époque a eu ses influences fécondes, et, si nous pouvions toujours ajouter à nos forces celles des temps passés, nous arriverions à les doubler. L'histoire littéraire peut seule tenter de ressusciter les temps qui ne sont plus; elle y réussira, surtout si elle ne s'épargne pas les faits et les détails, tout en portant la critique dans son érudition. Il faut savoir choisir. Quand l'esprit général d'une science se produit quelque part sous des formes individuelles qu'anime la vie, et que, de ce mélange de ce qui est général et de ce qui est individuel, sort ce que nous appelons l'originalité, c'est là qu'il faut s'arrêter long-temps avec une curiosité savante. Ainsi, pour revenir à l'histoire du droit, il est manifeste que l'époque des glossateurs est bien autrement féconde que celle qui les suit. Les glossateurs vous confondent d'étonnement avec leur intelligence si vive et si libre, tandis que leurs successeurs marchent sans indépendance et sans force dans la route qu'ils trouvent tracée. Il faudra donc s'étendre davantage sur le douzième et le treizième siècle que sur le quatorzième et le quinzième, et arracher de l'oubli, à l'aide des manuscrits, des ouvrages trop ignorés. Voilà comment M. de

Savigny entend l'histoire littéraire du droit; tels sont les avantages que s'en promet ce grand jurisconsulte.

Il ne nous sera pas très difficile de resserrer en quelques pages les principaux résultats de ces deux derniers volumes. M. de Savigny entre dans mille petits détails qu'il nous sera permis d'omettre; nous supprimons aussi les réfutations toujours fort explicites des opinions qui lui semblent erronées, et les preuves multipliées qu'il donne des siennes. Nous ne devons, pour être utile, que dégager les faits essentiels du milieu de tant d'érudition.

Le droit romain subsistait en Europe, on l'y pratiquait, on l'y étudiait; mais la pratique et la théorie étaient sans force et sans éclat, quand tout à coup, au douzième siècle, il se réveille de cette langueur, et jette un vif rayon de lumière; il se forme à Bologne une brillante école dont la renommée passe les Alpes; de nombreux écoliers s'y rendent de toutes les parties de l'Europe, retournent répandre dans leur patrie les belles connaissances qu'ils viennent d'acquérir, les propagent de mille façons, par les décisions qu'ils rendent, par des écrits, et bientôt par des écoles à l'imitation de Bologne.

D'où sortit cette merveilleuse révolution? Est-ce d'une volonté du pouvoir? Non, mais d'une né-

cessité intime et profonde. Les villes lombardes étaient riches et peuplées. L'activité de leur commerce et la variété des transactions qu'il amenait, demandaient un droit civil perfectionné. Les lois germaniques n'étaient plus en harmonie avec cette prospérité, non plus que les connaissances médiocres que l'on avait sur le droit romain; mais on avait les sources de ce droit si riche, et la science pouvait à elle seule, avec ses travaux, mettre la Lombardie en possession d'une législation qui répondît à tous les besoins. Déjà le droit personnel disparaissait entièrement avec l'antique société. Depuis Charlemagne, on s'était habitué à considérer une grande partie des peuples et des états de l'Europe comme étroitement unis, et à reconnaître, au milieu des diversités nationales, quelque chose de commun. Ce qui était commun, c'était l'empire, l'église, la religion, l'usage de la langue latine, et enfin le droit romain, qu'on ne regardait plus comme le droit particulier des provinces romaines, mais comme le droit général de la chrétienté, opinion qui le rehaussait dans l'esprit des peuples, et concourut à étendre son influence. On a beaucoup exagéré le secours que lui prêtèrent les empereurs de la maison de Souabe. Le mouvement partit de la société, tant pour la pratique dans les tribunaux que pour l'institution des écoles, et le privilége octroyé par

Frédéric II n'est qu'une reconnaissance honorifique de ce qui s'était fait sans lui. L'étude du droit romain n'était pas une affaire de parti dans la lutte des villes lombardes contre les empereurs; il y avait plus de Guelfes que de Gibelins parmi les jurisconsultes célèbres, et Bologne, où florissait surtout la science, était l'ennemie des empereurs. Mais ce qui contribua à placer très haut le droit romain, fut la condition sociale des jurisconsultes qui, dans les villes libres, formaient un corps, étaient chargés d'emplois importants, de hautes dignités, et jouissaient d'une considération singulière. Aussi les hommes des plus nobles familles se livraient à la science, et y portaient un sens pratique et une dignité vraie. De là, la supériorité de l'école de Bologne. Est-ce le hasard qui a fait de l'école de Bologne le centre de cette révolution scientifique? Non : ses richesses, sa prospérité, le voisinage de Ravenne, où s'était conservée obscurément une école de droit romain, la destinaient à ce rôle éclatant. Il faut donc jeter un coup d'œil tant sur sa constitution que sur l'état de l'Italie; mais auparavant disons un mot de la tradition vulgaire, qui s'était accréditée sur la renaissance du droit romain.

Plusieurs ont cru long-temps que le droit romain avait entièrement disparu pendant le moyen âge, que le manuscrit unique des Pandectes était

resté caché à Amalfi; qu'en 1135, les Pisans, en faisant le sac de cette ville, s'emparèrent du manuscrit; que l'empereur Lothaire II, dont ils étaient les alliés, leur en fit présent pour les récompenser, et rendit une loi qui abrogeait le droit germanique en faveur du droit romain. On sait maintenant que penser de la disparition du droit romain pendant le moyen âge. Quant à la loi de Lothaire, il n'en existe pas la moindre preuve, et l'histoire d'Amalfi n'a pour elle que deux témoignages assez légers : un passage d'une chronique écrite en italien, probablement dans le quatorzième siècle, et qui n'a jamais été imprimée; puis, un autre passage d'un poème historique de la même époque [1]. Ces deux témoignages viennent deux siècles après l'événement qu'ils racontent, et quand on leur oppose le silence de toutes les chroniques contemporaines, on ne saurait se résoudre à s'y arrêter. Parlons des villes lombardes.

Les municipalités romaines n'avaient pas été détruites, et contenaient les germes de la liberté qui éclata au douzième siècle; mais aussi de grands changements dans l'état social concouru-

---

[1] Raynerius de Grancis, *de Prœliis Tusciæ*, lib. 3 (in Murat. script., t. II, p. 314) :

Malfia Parthenopes datur et quando omne per æquor,
Unde fuit liber Pisanis gestus ab illis
Juris, et est Pisis Pandecta Cæsaris alti.

rent à cet important événement. En Lombardie, comme en France, la noblesse était tombée dans les liens de la féodalité. La grande noblesse avait reçu en fiefs ses biens du roi même, ou des ducs et des évêques, et tenait sous la même dépendance et le même servage la petite noblesse. Toute famille sans fief, ou dont l'investiture était récente, était réputée plébéienne. Ainsi s'explique l'humilité de condition des Arimans. Ils n'avaient pas de possession féodale. Les villes n'étaient originairement que des corporations romaines, et les Lombards y furent long-temps étrangers. Plus tard, les villes, devenues plus puissantes, forcèrent la noblesse qui habitait leurs environs à accepter le droit de bourgeoisie, et à séjourner dans leur sein une partie de l'année. Dès lors la face des villes changea. Si la noblesse subit l'influence de l'organisation romaine, elle communiqua aussi aux villes sa fierté chevaleresque et son amour de guerre et de liberté. Il y eut alors trois classes de citoyens : la grande noblesse (*capitanei*), la petite noblesse (*valvassores*), et les citoyens (*populares*, *plebs*). Dans la troisième classe étaient les Romains et les Arimans sans fiefs. La réunion des trois clases formait et s'appelait *la commune*. La commune avait le pouvoir souverain, et l'exerçait par des représentants convoqués en assemblée générale ; elle avait le droit

de ne se gouverner que par ses propres statuts législatifs, d'exercer elle-même la juridiction, et de nommer les principales autorités, surtout les consuls, qu'elle pouvait choisir dans les trois classes. On sait les luttes soutenues par les villes contre les empereurs, la diète de Roncaglia, et enfin la paix de Constance, qui assura leur liberté. Mais au treizième siècle, le peuple, qu'avaient enrichi le commerce et l'industrie, ne voulut plus se contenter de la part d'influence et de pouvoir qui lui était assignée. Sans détruire entièrement l'ancienne commune, il se forma en corporations séparées auxquelles il nomma des chefs, de telle sorte qu'en peu de temps ces magistrats populaires attirèrent à eux le pouvoir, et se mirent à la tête de la république. Les nobles furent opprimés et poursuivis, et plusieurs, pour conserver quelque influence ou seulement quelque sécurité, se firent admettre dans les corps de métier. Mais, dans la première moitié du quatorzième siècle, cette démocratie intolérante fit place à la tyrannie sauvage de quelques hommes. Ainsi l'oppression de la noblesse amena la ruine de la liberté.

Bologne eut les mêmes institutions et les mêmes destinées que les autres villes lombardes; les différences sont peu de choses, et nous passons à l'histoire des universités.

Depuis le douzième siècle, les universités ont joué un rôle important dans l'état intellectuel de l'Europe. Partout où elles ont prospéré, elles ont laissé aux écoliers une grande indépendance d'esprit, et ont même cherché à la développer davantage. Voilà ce qui fit leur force, leur dignité; voilà leur trait commun de ressemblance, qui rapproche encore des universités actuelles les universités du moyen âge. Mais ces dernières étaient bien plus nécessaires que les nôtres à l'instruction et à ses progrès : il n'y avait pas alors cette masse énorme de livres et d'écrits qui remplissent et éclairent l'Europe; l'enseignement oral était presque le seul moyen de transmettre et d'acquérir des connaissances. Aussi, dans les universités du moyen âge, les écoliers étudiaient beaucoup plus long-temps que dans les nôtres; c'étaient souvent des hommes d'un âge mûr, que leur rang et leurs emplois rendaient considérables. Quelle ne devait pas être alors la conscience pleine de dignité des professeurs! quel zèle ardent et sérieux devaient déployer des écoliers qui avaient traversé l'Europe pour passer une partie de leur vie à l'école de Paris ou de Bologne! Les universités du moyen âge se distinguent encore des établissements de nos jours par leur origine. Elles ne durent leur institution ni au bon plaisir des princes ni à la munificence des villes; mais un homme, conduit

et poussé par l'amour de la science, rassemblait autour de lui plusieurs écoliers studieux; quelques professeurs se joignaient à lui; le cercle des auditeurs s'agrandissait, et, sans secours étrangers, une école se trouvait fondée.

Trois grandes écoles fleurirent en même temps : Paris pour la théologie et la philosophie, Bologne pour le droit romain, Salerne pour la médecine. Mais Salerne resta sans influence hors de son sein, car les écoles de médecine qui se formèrent plus tard imitèrent plutôt l'organisation des écoles de droit et de théologie. Bologne et Paris, au contraire, servirent de modèle aux autres universités; leur constitution offre une opposition remarquable. A Paris, les professeurs formaient eux-mêmes la corporation, étaient en possession du pouvoir, et les écoliers n'étaient autre chose que les sujets soumis d'un petit état. A Bologne, au contraire, ce furent les écoliers qui formèrent la corporation, en nommèrent les chefs parmi eux, et les professeurs leur étaient soumis. C'est qu'à Bologne régnait l'esprit républicain, et à Paris la théologie, à laquelle la soumission et l'humilité sont naturelles. L'Italie, l'Espagne, imitèrent Bologne; l'Angleterre et l'Allemagne, Paris.

Le patriotisme a toujours voulu que l'université de Bologne ait été fondée par Théodose II; mais cette tradition n'a aucun fondement. Un rassem-

blement d'écoliers autour d'un professeur célèbre, voilà l'origine de l'école, qui était loin de former dès l'abord une corporation. Plus tard un privilége de Frédéric Ier, conféré à la diète de Roncaglia, et calqué sur une constitution que Justinien avait faite pour Béryte, assura d'une protection particulière les écoliers étrangers auxquels l'amour de la science faisait endurer tant de fatigues : on ne pouvait, sous les peines les plus sévères, les inquiéter dans leurs voyages, et ils étaient soumis à la juridiction particulière de l'évêque et de leurs professeurs. Mais à la fin du douzième siècle les violences des écoliers contraignirent les professeurs à résigner la juridiction criminelle et à ne garder que la juridiction civile[1].

Originairement il n'y avait à Bologne qu'une école de droit, et de là devait sortir une seule université ; cependant il y en eut deux qui ne différèrent entre elles que par la patrie de leurs écoliers, les *ultramontains* et les *citramontains*. Dans la suite, de nombreux écoliers, étudiant la médecine et les arts sous des professeurs distingués, voulurent aussi avoir leur université. Vive opposition de la part des juristes ; mais, en 1316, les nouveau-venus l'emportèrent, formèrent une

---

[1] Cependant, un siècle après, ils se remirent en possession de la juridiction criminelle.

corporation distincte, et prirent le nom de *philosophi et medici vel physici*, et le nom général d'*artistæ*. Enfin, dans la seconde moitié du quatorzième siècle, Innocent VI fonda à Bologne une école de théologie. Depuis ce temps, il y eut à Bologne quatre universités : deux de jurisprudence, une de médecine et de philosophie, et une quatrième de théologie. Les deux premières, où s'enseignait le droit, se distinguaient entièrement des deux autres, formaient un même corps, et souvent n'étaient désignées que comme une seule et même université.

Les écoliers étrangers avaient le droit entier de bourgeoisie, et prêtaient tous les ans serment d'obéissance au recteur et aux statuts. Leur réunion, convoquée par le recteur, formait l'université proprement dite. Il fallait y paraître au moins trois fois par an pour ne pas perdre son droit de bourgeoisie. Les écoliers nés à Bologne étaient exclus tant de cette réunion que des charges de l'université. La raison de cette différence était le privilége de Frédéric Ier et la dépendance où se trouvait Bologne avec ses habitants. Les professeurs étaient dans la même subordination que les écoliers; ils prêtaient le même serment qu'eux, étaient soumis à la juridiction du recteur, qui pouvait leur infliger des amendes et les interdire de leurs fonctions; enfin, dans les

discussions de l'université, ils n'avaient pas droit de suffrage, à moins qu'ils n'eussent été recteurs. On appelait *suppôts* de l'université les artisans qui lui prêtaient serment de fidélité, lui devaient obéissance, et travaillaient surtout pour les écoliers, tels que les copistes et les relieurs. Enfin, chaque année on choisissait des marchands pour faire affaire avec les écoliers, et ceux-ci, comme les artisans, devaient prêter serment entre les mains du recteur.

La première dignité universitaire était celle de recteur. Pour y parvenir, il fallait être écolier ou professeur, clerc, célibataire, n'appartenir à aucune communauté religieuse, et avoir au moins étudié cinq ans à ses frais la jurisprudence. Le recteur était élu tous les ans par les anciens recteurs, les conseillers, et un certain nombre d'électeurs nommés par l'université. Il avait la juridiction civile et criminelle. Après les recteurs venaient les conseillers des *nations*, les syndics, et quelques fonctions subalternes. On conçoit combien Bologne devait être curieuse de l'éclat de son université. Aussi elle accordait maints priviléges aux professeurs et aux écoliers; elle s'occupait même de leurs plaisirs : car elle ordonnait aux juifs de payer tous les ans une somme aux juristes et aux *artistes* pour un banquet au carnaval. La mort et la confiscation des biens punissaient le citoyen

31

qui aurait embauché des écoliers pour une autre école.

Passons à l'enseignement. Dans l'origine, *doctor* était le titre honorifique du professeur, mais non pas une dignité, un emploi; mais quand l'école, vers le milieu du douzième siècle, se fut affermie, le nom et la dignité de docteur, qui conféraient le droit d'enseigner, ne s'obtinrent plus que par des épreuves[1]. Elles étaient de deux sortes : l'examen particulier et l'examen public. Avant l'examen particulier, on donnait au candidat deux textes à commenter. Dans le même jour le candidat devait lire son travail. Le docteur qui le présentait l'examinait seul, et les autres docteurs ne pouvaient que lui faire des questions et des objections sur le texte indiqué. Aussitôt après l'examen, on allait aux voix; et si le candidat était admis, il avait le grade de licencié. L'examen public, épreuve particulière au doctorat, se faisait à la cathédrale, où l'on se rendait en procession

[1] Il est curieux d'examiner comment, dans l'université, les docteurs ne firent plus partie de la faculté. Les premiers docteurs formèrent entre eux une faculté, qui décidait du mérite des candidats et leur conférait le doctorat. Les professeurs de Bologne, pour concentrer les dignités dans leur famille, repoussaient du doctorat les candidats qui se présentaient. On s'insurgea contre ces injustes prétentions, et il fallut céder; mais les professeurs obtinrent que les nouveaux docteurs ne feraient pas partie de la faculté. Ainsi les docteurs ne furent plus de plein droit professeurs de l'université.

solennelle. Le licencié faisait un discours, puis une leçon sur laquelle les écoliers, et non pas les docteurs, disputaient contre lui. L'épreuve se terminait par un discours du président, qui proclamait le nouveau docteur. On lui présentait aussitôt les insignes de sa nouvelle dignité, le livre, l'anneau et le bonnet de docteur; puis l'on s'en retournait, comme on était venu, en procession.

Les docteurs avaient le droit d'enseigner non-seulement à Bologne, mais, suivant les ordonnances papales, dans toutes les autres écoles. Ils concouraient aussi à l'élection de nouveaux docteurs quand ils faisaient partie de la faculté. La faculté, distincte de l'université, était une réunion de docteurs qui disposaient des promotions; elle avait ses statuts et ses priviléges.

Les licenciés n'avaient pas le droit d'enseigner. Comptés parmi les écoliers, ils étaient sans prérogatives; mais les écoliers pouvaient, avec la permission du recteur, lire un traité ou un commentaire : l'écolier qui lisait s'appelait bachelier.

Les professeurs étaient salariés quelquefois par la ville, le plus souvent par les écoliers, qui choisissaient les jurisconsultes les plus renommés; mais, à Bologne, les professeurs avaient tant d'autres occasions de s'enrichir, que souvent ils enseignaient sans salaire.

Les cours se distinguaient en *ordinaires* et *ex-*

traordinaires (*ordinariæ*, *extraordinariæ lecturæ*); voici pourquoi. Les livres sur lesquels on étudiait se distinguaient eux-mêmes en livres ordinaires et livres extraordinaires. Les livres ordinaires étaient, pour le droit romain, le *Digestum vetus* et le Code; pour le droit canonique, le Décret et les Décrétales. Tous les autres livres étaient extraordinaires. Les cours étaient alors ordinaires ou extraordinaires, suivant les livres sur lesquels ils se faisaient. Les professeurs ordinaires étaient ceux qu'on avait publiquement autorisés à enseigner les livres ordinaires; les professeurs extraordinaires[1] ne pouvaient enseigner que les autres livres.

Telle était l'université de Bologne dans ses proportions principales. Après elle, on vit fleurir les universités de Padoue, de Pise; celle de Verceil, qui exerça peu d'influence; d'Arezzo, de Ferrare, de Rome; celle de Naples, qui se distingua de toutes les autres par sa constitution, et fut fondée par Frédéric II; celles de Plaisance, de Modène, de Reggio, de Pavie et de Turin.

Le théologie jeta le même éclat à Paris que la jurisprudence à Bologne, et son école eut la même puissance. Les plus anciens témoignages qui at-

---

[1] L'institution des professeurs *extraordinaires* est en vigueur dans toutes les universités allemandes.

testent son institution sont deux décrétales d'Alexandre III, de la fin du onzième siècle. Vint ensuite le privilége octroyé par Philippe-Auguste, en 1200, qu'on a eu le tort de prendre pour une fondation d'université. Ce qui caractérise cette école, c'est son influence politique, le sentiment éxagéré qu'elle avait de son importance, et l'immense clientèle qu'elle sut se faire dans le peuple. Elle fit ses statuts au fur et à mesure, donna toute autorité aux professeurs, intervint avec une prépondérance hautaine dans tous les débats théologiques, défendit long-temps les droits de sa juridiction contre le parlement, et se vantait enfin d'être la fille aînée des rois.

Mais ici il nous faut voir comment fut traité le droit romain. Dans les premiers temps du moyen âge, l'église avait aimé et cultivé le droit romain; elle avait su souvent en tirer un habile parti, et lui devait beaucoup. Mais, au douzième siècle, quand elle vit la jurisprudence s'élever en rivale, captiver les intelligences, et lui enlever un grand nombre de ces hommes ardents qui se passionnent et combattent pour la science, elle changea de sentiment, défendit aux siens d'aller prêter des forces à sa rivale; et saint Bernard déplorait amèrement que, dans le palais même du pape, on suivît les lois de Justinien, et non pas celles du Seigneur. Le concile de Reims défendit

aux moines, en 1131, l'étude du droit romain et de la médecine, défense renouvelée par plusieurs autres conciles. Honorius, en 1220, interdit à tous les prêtres l'étude des lois romaines. Cependant on apporta des tempéraments à cet ordre rigoureux, et on accorda beaucoup de dispenses. Mais, par la même décrétale, Honorius défendit généralement l'enseignement du droit romain à Paris et dans ses environs, sur le motif qu'on ne le pratiquait pas dans les cours de justice. On conçoit la prétention du pape: l'école de Paris était le siége de la théologie européenne, et soumise à son inspection. Mais quelle fut vraiment la destinée du droit romain? Malgré la prééminence de la théologie et de la philosophie, il parut à Paris au douzième siècle, et même y fut cultivé avec zèle. De là la décrétale d'Honorius. On lui obéissait encore au quinzième siècle; mais, en 1568, les troubles civils rendant les voyages périlleux, le parlement de Paris permit d'enseigner le droit romain. Quelques années plus tard, en 1576, il rendit un arrêt pour autoriser Cujas à professer; mais, trois ans après, l'ancienne défense fut renouvelée aux états de Blois; enfin, en 1679, un édit l'abolit sans retour.

Nous ne saurions parler en détail des universités de Montpellier, fondée en 1289; d'Orléans, qui eut de très bonne heure une célèbre école

de droit; de Toulouse, de Valence et de Bourges, dont on sait la gloire au seizième siècle.

Les universités d'Espagne n'acquirent d'importance pour le droit romain que fort tard : celle de Salamanque, fondée au treizième siècle; celle d'Alcala, au seizième. Enfin nous avons vu pourquoi les universités anglaises ont dû rester à peu près étrangères à l'étude du droit romain.

Tel était donc le champ de bataille des glossateurs, tels étaient ces établissements de la science ouverts à nos jurisconsultes. Mais, avant d'arriver à leurs travaux, remettons-nous rapidement devant les yeux les ouvrages et les matériaux dont ils disposaient, les Pandectes, le Code, les Institutes, les Authentiques, et le travail de Julien. Tout ce que nous connaissons de droit romain au-delà de ces sources leur était profondément inconnu. Ils avaient encore sous la main la loi lombarde, le recueil consacré au droit féodal lombard, les nouvelles lois impériales, les statuts des villes et des livres canoniques. De tout cela nous ne considérerons un instant que les Pandectes, qui ne furent connues à Bologne que successivement, et par parties.

Il y a, sur le texte des Pandectes, deux questions importantes à trancher : il faut savoir d'abord quels manuscrits nous possédons, et leur valeur comparée; quels manuscrits eurent les

glossateurs, et le parti qu'ils en ont tiré pour l'élaboration du texte. Nous autres modernes, nous possédons le manuscrit de Florence, qui contient les Pandectes entières, et un grand nombre d'autres manuscrits qui n'en contiennent que quelques parties. Ces derniers manuscrits s'accordent-ils avec les Florentines, ou leur texte est-il différent? Les écrivains ont beaucoup varié. Les uns les ont considérés comme une simple répétition des Florentines; les autres, et à leur tête Cujas, veulent que les manuscrits qui nous restent aient eu pour base, indépendamment des Florentines, des manuscrits primitifs, et qu'ainsi leurs leçons aient une valeur originale. Cette opinion de Cujas a pour elle des preuves irrécusables. Maintenant, quels manuscrits avaient les glossateurs? Il faut tenir pour constant, qu'ils connurent, avec les Florentines, d'anciens manuscrits, et que, tout en estimant par-dessus tout le texte des Florentines, ils se servirent de tous ces éléments divers, pour former un nouveau texte, que nous pouvons appeler le texte de Bologne : voilà l'origine et l'explication de la *Vulgate*. Il serait toutefois peu exact de se représenter ce travail, comme une entreprise systématique et générale qui serait étrangère tant aux idées qu'aux forces de ce temps. Non, chacun travaillait de son côté; la direction pouvait être

uniforme, mais la marche restait indépendante; et de ces travaux partiels sortit la Vulgate. Cette vaste élaboration doit remonter jusqu'à Irnérius, et se terminer avec Accurse.

Les glossateurs furent à la fois professeurs et écrivains. Ils faisaient leurs cours sur les cinq parties du *Corpus juris;* et nous avons encore les leçons d'Odofredus sur les trois parties du Digeste et les neuf premiers livres du Code. Le même professeur avait la liberté de faire plusieurs cours, ce qui explique comment un seul maître pouvait suffire à beaucoup d'écoliers; chaque cours durait un an, et chaque séance une heure. Dans la première moitié du quatorzième siècle, il se fit quelques changements dans la distribution des cours. Les trois parties du Digeste et le Code furent enseignés simultanément par deux docteurs. Le *volumen,* qui contenait les Institutes, les Authentiques, le droit féodal, les lois impériales, et les trois derniers livres du Code, n'était enseigné que par un seul professeur. Plus tard, on vit s'introduire l'usage des cours spéciaux sur une seule matière. Les cours sur les livres ordinaires étaient indispensables; mais, pour les autres, on n'y assujettissait pas les écoliers. Dans la règle, on ne devait enseigner que le droit romain et le droit canonique; cependant on a la preuve qu'il se faisait aussi des leçons sur l'art

du notariat. Les notaires formaient à Bologne une corporation nombreuse, et, par imitation, ils eurent des cours, et firent même des docteurs.

Un mot sur la méthode des jurisconsultes dans leurs cours. Ils donnaient d'abord une vue générale sur le titre tout entier (*summa*); ensuite ils lisaient le texte tel que l'avait arrêté leur critique; puis éclaircissaient les difficultés, les contradictions et les espèces (*casus*); résumaient les règles générales (*brocarda*); enfin discutaient les points douteux (*quæstiones*). Au surplus, chaque professeur était libre dans son enseignement et sa méthode. Les écoliers écrivaient sous la dictée, et, ce qui nous étonnera beaucoup, causaient pendant la leçon, pouvant interroger le professeur, ce qui ne se faisait guère cependant dans les cours *ordinaires*, qui avaient lieu le matin. Mais cette liberté se prenait toujours dans les cours *extraordinaires* de l'après-midi.

Les livres ne vinrent qu'après les cours, et eurent le même objet, l'interprétation du *Corpus juris;* de façon que les gloses sont à cette époque l'œuvre principal de la littérature juridique. Elles ne furent d'abord que des notes marginales que les jurisconsultes écrivaient dans leur exemplaire des textes, qu'ils perfectionnaient dans tout le cours de leurs travaux, et qu'à leur mort on recherchait avec curiosité. Elles étaient pré-

cieuses, car elles contenaient ce que la science de leur auteur avait de plus substantiel et de plus concis. Plus tard elles s'agrandirent, et d'un éclaircissement de mots devinrent un commentaire. Après les gloses, la littérature juridique comprend la *somme*, les *espèces*, les *brocards*, règles formulées par les glossateurs, les *quæstiones*, des livres sur la procédure (*ordo judiciarius*), des traités sur les *actions*, des *distinctions*, et enfin des recueils de controverses (*discussiones dominorum*). Ces ouvrages se distinguaient bien des cours; mais dans leur forme ils n'étaient cependant, comme ces derniers, que des cahiers. Les plus célèbres glossateurs avaient autour d'eux des écoliers qui étaient à la fois leurs copistes et leurs éditeurs; et les cahiers se passaient de main en main et se recherchaient comme des livres.

Irnérius est le chef et le fondateur de l'école de Bologne, où il était né, bien que depuis le seizième siècle plusieurs aient voulu en faire un Allemand. Il était maître ès arts. Quand les livres de droit furent apportés, il se mit à les étudier seul, sans maître, et bientôt à professer. Quand il eut acquis une grande renommée comme jurisconsulte, il parut dans les affaires publiques, entre 1113 et 1118. Dans un *placitum* de Mathilde, il est cité comme avocat. De 1116 à 1118, il fut

au service de l'empereur Henri V, souvent à sa suite, et reçut de lui une mission importante pour Rome. Il laissa des disciples renommés; mais ses ouvrages surtout appellent l'attention: ils sont comme le point de départ de la moderne littérature juridique. Nous avons encore, soit en entier, soit par parties, les gloses et les authentiques; mais nous n'avons plus que les noms de son formulaire pour les notaires, de ses *questions* et de son livre sur les actions.

Il n'est guère possible de porter un jugement exact sur lès gloses d'Irnérius, dont nous ne possédons qu'une partie. D'abord interlinéaires, puis marginales, elles n'ont pas, comme celles qui vinrent plus tard, de plan systématique : mais nous savons qu'on les tenait en grande estime, et qu'elles méritèrent à Irnérius le surnom de *Lucerna juris*. Ce jurisconsulte se contentait, dans les premiers temps, d'interpréter un mot par un autre; puis peu à peu, dans les gloses marginales, il pénétra dans le texte même, dont il cherchait à résumer lui-même le sens et les idées. On entrevoit même un premier essai de critique pour épurer le texte. Quelle verve d'originalité dans cet Irnérius, qui tira tout de lui-même, fut sans maître, et dut ignorer tous les travaux que, dans les siècles antérieurs, on avait tentés sur le droit!

Dans la plupart des manuscrits, et dans toutes

les éditions du Code, on trouve un assez grand nombre d'extraits des Novelles qui ont dérogé aux Constitutions; et ces extraits sont cités et suivis comme les lois mêmes. On les appelait *Authentiques*, et, dès le moyen âge, l'opinion générale les attribuait à Irnérius; mais ensuite les écrivains les placèrent ou plutôt ou plus tard, et une longue polémique sur la chronologie et l'auteur de ces Authentiques s'est continuée jusqu'à nous. Sans la reproduire, tenons pour constant qu'Irnérius est l'auteur de la plupart des Authentiques, que ses successeurs en augmentèrent le nombre, et qu'Accurse le fixa définitivement. On a encore beaucoup varié sur leur valeur : les uns ont vanté leur fidélité, les autres les ont taxées d'inexactitude. Ce reproche est souvent fondé. Mais, pour apprécier justement les Authentiques, il ne faut pas les isoler des autres travaux des glossateurs, et oublier le siècle où on les rédigea.

La vie d'Irnérius, dont nous venons de tracer les traits principaux, commence le quatrième volume de M. de Savigny, qui n'est plus rempli que de notices biographiques sur ses successeurs. Quelque curieuse érudition qu'y déploie notre auteur, quelques précieuses richesses qu'il ajoute aux travaux de Sarti, de Hugo, de Haubold et de Wenck, nous ne saurions songer à y porter

l'analyse, certain que nous serions de ne présenter à nos lecteurs qu'un travail ingrat et inutile. L'histoire du droit est trop nouvelle en France pour débuter par les détails les plus déliés et les plus minutieux de l'histoire littéraire, pour s'intéresser aux controverses de l'érudition sur des points qui ne touchent pas immédiatement la jurisprudence elle-même. Contentons-nous donc de présenter, dans une énumération rapide, le groupe des premiers glossateurs.

Les quatre docteurs, tel est le nom sous lequel on désigne quatre jurisconsultes dont on veut faire, sans trop de vraisemblance, les élèves immédiats d'Irnérius, mais qui vécurent certainement au milieu du douzième siècle : ce sont Bulgare, Martin Gosia, Jacques et Hugo. Les quatre docteurs furent mandés par l'empereur à la diète de Roncaglia, pour rétablir les droits de la couronne qu'avaient usurpés les villes. Sur leur refus de mettre seuls la main à une affaire aussi délicate, l'empereur nomma vingt-huit juges, deux par chaque ville, qu'il chargea, de concert avec les quatre docteurs, de dresser le catalogue des droits régaliens. Dans cette réunion, les quatre jurisconsultes eurent une grande prépondérance; et les historiens leur reprochent de s'être servis du droit romain pour agrandir les prérogatives

impériales[1]. Puis est-ce bien le droit romain qui servait de fondement aux droits régaliens? Tant s'en faut. Ces droits reposaient sur les coutumes et les principes des lois féodales. Mais voici venir un jurisconsulte, Placentin, qui adresse aux quatre docteurs un reproche tout opposé. Il les accuse d'avoir trahi la liberté italienne en ne s'autorisant pas des Pandectes, qui, par le privilége du *jus italicum*, exemptaient l'Italie de tout impôt. Placentin, dans son accusation, oubliait que depuis Dioclétien l'Italie avait payé les impôts comme les autres provinces. La décision des trente-deux juges réunis à Roncaglia est irréprochable; les droits de Frédéric étaient certains, et pouvaient se passer de l'appui des lois romaines. Seulement la conduite de l'empereur, qui repoussa avec hauteur toute concession, fut peu politique, et la défaite de Lignano dut lui en donner l'amère conviction.

Après les quatre docteurs se présentent Roger, Albéric A. Porta, Aldricus, Guillaume de Cebriano, Odericus; Placentin, qui voyagea souvent de Plaisance, sa patrie, à Montpellier, et dont malheureusement les ouvrages furent imprimés sur de mauvais manuscrits par un mauvais éditeur; Henri de Baila, qui, au dire d'un de ses con-

[1] Voyez MM. de Sismondi et Raumer.

temporains, était brave chevalier, mais jurisconsulte médiocre; Bassianus, auteur d'un arbre allégorique des *actions;* Pilius, qui quitta Bologne pour professer à Modène; Cyprianus, Galgosinus, Otto, Lothaire, contemporain et rival d'Azon; Bandinus, Burgundio, qui fut envoyé par Pise à Constantinople, assista au concile de Latran de 1179, et qui, sans être professeur et sans écrire, servit la science en traduisant en latin les passages grecs des Pandectes; Vaccarius, qui de Lombardie passa en Angleterre, y enseigna le droit romain, et composa pour les écoliers pauvres un abrégé complet de jurisprudence[1]. En lisant les catalogues, dressés par M. de Savigny, des ouvrages de tous ces glossateurs, ouvrages qui pour la plupart sont restés manuscrits, on pressent quelle devait être l'activité d'esprit de ces hommes, l'indépendance de leurs opinions, témoin les vives discussions de Bulgare et de Martin Gosia, et le charme d'une existence laborieuse, honorée, où la théorie et la pratique se soutenaient incessamment. C'était là le réveil de la jurisprudence européenne et son lumineux point de départ.

Ici s'arrête l'ouvrage de M. de Savigny. Dans un cinquième volume, il doit exposer l'histoire

[1] Liber ex universo enucleato jure exceptus et pauperibus præsertim destinatus.

littéraire du treizième siècle, et dans un sixième celle du quatorzième et du quinzième. Puisse ce grand jurisconsulte fournir cette carrière, et, après l'avoir fournie, nous conduire encore dans le siècle de Cujas, et constater lui-même la gloire de l'école française! Il l'a promis dès le commencement de cette histoire. Puissent sa santé et ses forces lui permettre d'accomplir tous les desseins qu'il a formés pour les progrès de la science!

Si maintenant nous cherchons à apprécier l'ensemble de l'ouvrage analysé, nous reconnaîtrons facilement son originalité entre toutes les histoires du droit qui ont été écrites jusqu'à présent. Ce n'est pas une simple compilation historique, où les faits extérieurs sont seuls consignés : non, le livre de M. de Savigny, dont le premier volume a paru en 1814, a élargi la carrière; le jurisconsulte s'est élevé à la hauteur du rôle d'historien, et, pour la première fois, l'histoire du droit a offert un heureux mélange de la science du droit et de la science historique. Les deux premiers volumes, qui exposent la destinée politique du droit romain au moyen âge, ont une rigoureuse unité; la démonstration de l'auteur est pressante, et il déploie, dans la déduction des preuves qu'il apporte, la plus ingénieuse sagacité. Dans cette partie de son livre où se trouve accomplie presque entièrement la tâche qu'il s'était imposée, l'his-

toire politique du droit romain pendant le moyen âge, M. de Savigny a montré un talent de composition rare en Allemagne dans les ouvrages d'érudition. Or, nous estimons en France que l'art de composer un livre non-seulement procure à l'esprit un vif plaisir, mais encore lui apporte de nouvelles lumières, et qu'en tout le travail de la méthode est la chance la plus sûre pour la conquête de la vérité.

Arrivé au douzième siècle et à la rénovation littéraire du droit, M. de Savigny semble fatigué, n'avoir plus au même degré cette force de composition et d'esprit qui rend l'écrivain maître absolu des matériaux fournis par l'érudition;

> Bis patriæ cecidere manus;

et si des morceaux tels que les chapitres sur les villes lombardes et la peinture des universités du moyen âge indiquent la même sagacité historique, on ne peut s'empêcher de reconnaître que la lumière et la méthode manquent en maints endroits, que souvent les détails les plus minutieux viennent embarrasser la marche de faits importants, et que beaucoup de pages de cette seconde partie ne sont que des notes ajoutées à des notes.

Nous avons cru remarquer aussi une omission assez grave. M. de Savigny nous fait bien connaître au milieu de quelles circonstances politiques s'ac-

complit en Italie la rénovation scientifique du droit romain ; mais quel était alors l'état intellectuel de l'Europe et de l'Italie, il n'en dit pas un mot. Cependant il était nécessaire de montrer où en était l'esprit européen au moment où une science nouvelle, la science du droit, venait enrichir et fortifier le douzième siècle. Que disait la théologie? Comment s'annonçait la scolastique? Que faisaient la grammaire et la rhétorique? Enfin, quelle était alors la situation morale de la chrétienté?

Cela nous conduit à une observation plus générale, qui s'adresse non-seulement à l'ouvrage, mais encore au talent même de l'auteur. Chef de l'école historique dans la jurisprudence, M. de Savigny se distingue surtout par son habile sagacité à reconnaître le caractère individuel des faits extérieurs et positifs, à saisir chez un peuple ce qu'il y a de particulier et de national, à trouver aux plus minces détails une valeur et une signification; mais les vues d'ensemble, mais cette force et cette disposition de l'esprit qui tire des faits particuliers des conclusions générales, qui, après avoir raconté, systématise, l'esprit philosophique en un mot, vous le chercherez vainement chez l'auteur de l'*Histoire du Droit romain dans le moyen âge*. On a vu, dans le compte que nous avons rendu de l'*Histoire du Droit de Succession*, par M. Gans, quelle guerre violente ce disciple de

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.